Die

Lehre von der Berufung.

Eine

civilproceßrechtliche Abhandlung

vom

Oberjustizrathe Leonhardt.

Hannover.
Carl Rümpler.
1855.

Druck von August Grimpe in Hannover.

Inhaltsübersicht.

I. Begriff der Berufung.

§. 1.

Die bürgerliche Proceßordnung enthält keine Begriffsbestimmung der Berufung; der Wissenschaft, nicht dem Gesetze fällt die Aufstellung derartiger Begriffsbestimmungen anheim. Insbesondere ist eine solche im §. 392 der B. P.=O. weder zu suchen, noch zu finden, denn der klare gesetzliche Inhalt wie die Überschrift dieses Paragraphen ergiebt, daß er die specielle Frage bezielt, gegen welche richterlichen Verfügungen die Berufung zulässig sei. [1])

Die Berufung fällt unter den Begriff der ordentlichen Rechtsmittel und bildet das einzige ordentliche Rechtsmittel, welches die bürgerliche Proceßordnung kennt. Wegen des Begriffs der ordentlichen Rechtsmittel wird auf die allgemeine Proceßtheorie verwiesen werden dürfen, da eine nähere Darlegung desselben für den Zweck dieser Abhandlung ohne hervortretendes Interesse sein würde.

Der Berufung unterliegen richterliche Verfügungen der ersten, nicht der zweiten Instanz. Zum Beweise dieses Satzes würde es schon genügen, daß das Gesetz keine Oberberufung anordnet; allein es ergiebt sich auch aus verschiedenen Vorschriften der bürgerlichen Proceßordnung, wie des Gerichts=Verfassungsgesetzes über den Behördenorganismus zweifellos, daß eine dritte Instanz nicht Statt hat. — Eine Ausnahme von diesem Regelverhältnisse greift jedoch für einen sehr vereinzelt stehenden Fall nach Vorschrift des §. 430 der B. P.=O. insofern Platz, als in Betreff der von den Amtsgerichten, bez. den kleinen Senaten der Obergerichte in erster Instanz gefällten Entscheidungen über die

---

[1]) Demgemäß dürfte es der Kritik im §. 5 der Ayrer'schen Schrift über Berufung an jeder Grundlage fehlen.

Frage, ob Maßregeln der Verwaltungsbehörden innerhalb oder außerhalb der Grenzen ihrer Zuständigkeit vorgenommen seien, die Berufung an die kleinen Senate, bez. die großen Senate der Obergerichte, eine Oberberufung aber an das Oberappellationsgericht geht.[1]) — Die Vorschrift des §. 430 der B. P.-O. ist so völlig klar, daß es überflüssig erscheinen müßte, besonders hervorzuheben, daß in diesem Ausnahmeverhältnisse eine vierte Instanz unzulässig sei, wenn nicht die entgegengesetzte Ansicht ihren Vertreter gefunden hätte,[2]) obwohl sie, selbst wenn die gesetzliche Vorschrift ebenso unklar wäre, als sie klar ist, verworfen werden müßte, weil es ihr an legislativer Berechtigung ebenso sehr, als an einem Halt in dem früheren Rechtszustande fehlen würde.

II. Zulässigkeit der Berufung.

§. 2.

Nach der Vorschrift des §. 392 der B. P.-O. sollen alle Richterverfügungen, durch welche einer Partei mittelst Verwerfung ihrer Anträge oder Gewährung der gegnerischen Anträge eine Beschwerde zugefügt ist, der Berufung unterworfen sein. Diese Regel erleidet jedoch so erhebliche Ausnahmen, daß der Gesetzgeber für nöthig befunden hat, derselben im §. 392 der B. P.-O. besonders zu gedenken.

Die zahlreichen Ausnahmen der Regel lassen sich auf drei verschiedene Gründe zurückführen. Sie beruhen:

I. in der Qualität der Streitsachen;
II. in der Concurrenz anderer Rechtsbehelfe;
III. in der Qualität der richterlichen Verfügungen.

Dagegen ist die Zulässigkeit der Berufung nach ausdrücklicher Vorschrift des §. 392 der B. P.-O. durch das Vorhandensein einer Beschwerdesumme nicht bedingt.

---

[1]) Aus naheliegenden Gründen werden wir diesen Ausnahmefall im weiteren Verlaufe dieser Abhandlung nicht weiter berücksichtigen.

[2]) Ayrer Berufung §. 10. — Besondere Gründe fehlen für eine Behauptung, welche offensichtlich auf einem Fehlschlusse beruhen dürfte.

Bevor wir jedoch die einzelnen Ausnahmen nach Anleitung der vorgedachten drei Gesichtspunkte hervorheben, mag die Bemerkung hier am Orte sein, daß in den nachfolgenden Fällen von dem obigen Ausnahmeverhältnisse nicht die Rede sein kann.[1])

1) Die bürgerliche Proceßordnung kennt eine Reihe von Fällen, in denen eine richterliche Verfügung wegen veränderter Umstände u. s. w. auf Antrag der Parteien, theilweise sogar von Amtswegen, abgeändert werden kann.[2]) Hier handelt es sich um richterliche Verfügungen, welche an sich gar nicht beschwerend sind, sondern nur im Laufe der Zeit ihre Berechtigung verloren haben und deshalb aufgehoben werden sollen. Erst die spätere, den Antrag auf Aufhebung gewährende oder zurückweisende richterliche Verfügung fällt unter die Vorschrift des ersten Satzes des §. 392 der B. P.=O. und unterliegt der Berufung.

2) Wenngleich die Berichtigung oder Erläuterung einer richterlichen Verfügung erster Instanz Folge einer Berufung sein kann, so ist doch eine Berufung unzulässig, welche darauf gestützt wird, daß die angegriffene Verfügung auf einem Schreibfehler, Versehen in einzelnen Worten und Zahlen oder auf einem bloßen Rechnungsfehler beruhe, oder daß dieselbe dunkel, zweideutig oder unbestimmt sei.[3]) Allein auch hier kann man im ersteren Falle höchstens von dem *Scheine* einer beschwerdenden Verfügung reden, welche auf einem einfachen Wege weggeräumt werden soll, während im letzteren Falle der Erläuterungsantrag gerade darauf abzweckt, festzustellen, ob die Verfügung beschwerend sei, oder nicht.

§. 3.

I. *Wegen Qualität der Streitsache* schließt der §. 393

---

[1]) Der hier fraglichen Verwechslung macht sich *Ayrer* Berufung §. 7 schuldig.

[2]) Vergl. z. B. §§. 55, 291, 518, 507 der B. P.=O.

[3]) Wenn *Ayrer* Berufung S. 19 behauptet: in den §§. 361, 362 der B. P.=O. sei ausdrücklich bestimmt, daß der Antrag auf Ergänzung, wie auf Erläuterung mit der Berufung, so weit diese nach allgemeinen Grundsätzen als formell zulässig erscheine, unbedingt concurrire, so ergiebt der Augenschein, daß diese Behauptung in Betreff der Ergänzung ebenso richtig, als in Betreff der Erläuterung unrichtig ist.

Über die bei Gelegenheit von Anträgen auf Ergänzung bez. Erläuterung vorkommenden Berufungen vergl. §. 5.

der B. P.=O. die Berufung aus in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, deren nach Geldeswerth zu schätzender Streitgegenstand die Summe von 10 Thlrn. nicht übersteigt. Diese Ausschließung ist jedoch keine unbedingte; denn auch in diesen geringfügigen Rechtshändeln ist die Berufung in zwei Fällen zulässig:

1) wenn es sich um die Frage handelt, ob Maßregeln der Verwaltungsbehörden innerhalb oder außerhalb der Grenzen ihrer Zuständigkeit vorgenommen seien (§. 430 der B. P.=O.);
2) wenn gegen die Vorschriften über Zuständigkeit der Gerichte verstoßen ist.

II. Zweitens wird die Berufung durch Concurrenz anderer Rechtsbehelfe ausgeschlossen, welche wegen ihrer einfacheren Formen unter Berücksichtigung der geringeren Bedeutung der getroffenen richterlichen Verfügungen geeigneter erscheinen, als die Berufung, die erforderliche Remedur zu bewirken. Diese anderweiten Rechtsbehelfe sind die Beschwerde wider das Gericht, die Gegenvorstellung und der Einspruch.

1) Der §. 454 der B. P.=O. sagt ganz ausdrücklich, daß, insoweit die Beschwerde wider das Gericht stattfinde, die Berufung unzulässig sei. Da die Beschwerde wider das Gericht als ein ausgebildetes Rechtsmittel in der bürgerlichen Proceßordnung erscheint, so hat es kein besonderes Interesse, die einzelnen Fälle hervorzuheben, in denen die Berufung ausgeschlossen ist, weil die Beschwerde wider das Gericht Platz greift.[1]) Zu dieser rechnet die bürgerliche Proceßordnung auch die Beschwerde wegen Justizverweigerung und Verzögerung (§. 457), mittelst welcher, unter Ausschluß der Berufung, Beschwerden wegen Dauer und Erstreckung von Fristen geltend zu machen sind (§§. 149, 153 der B. P.=O.).

2) Die Gegenvorstellung hat in der bürgerlichen Proceßordnung die Gestalt eines ausgebildeten Rechtsmittels nicht gewonnen. Es wird sich demgemäß empfehlen, die einzelnen Fälle, in welchen sie entweder unter dieser allgemeinen, oder einer specielleren Bezeichnung auftritt, anzugeben. Die Gegenvorstellung greift Platz:

---

[1]) Vergl. Leonhardt Justizgesetzgebung Bd. II, S. 211 der 2. Ausgabe.

a. gegen die Verfügung, wodurch ohne contradictorische Verhandlung Kosten festgesetzt worden sind und zwar zu Gunsten der Partei wie der Gegenpartei;[1])
b. gegen Arrest- und provisorische Verfügungen, welche auf einseitiges Gehör erlassen wurden, zu Gunsten der Gegenpartei;[2])
c. gegen Prioritätsurtheile, Vertheilungspläne, bez. Vertheilungsurtheile im Concurs- bez. concursähnlichen Verfahren.[3])

3) Ungehorsamsverfügungen, welche dem Einspruche unterliegen, können von der gehorsamen Partei unbeschränkt, von der ungehorsamen Partei dagegen nur in sehr beschränkter Weise mittelst der Berufung angefochten werden. Der Grund für diese Beschränkung liegt darin, daß es den Grundsätzen einer richtigen Proceßpolitik nicht entspricht, einer Partei die Befugniß zu gewähren, die erste in die zweite Instanz zu verlegen. Durch Zulassung des Einspruchs wird der Rechtsstreit in die Lage zurückversetzt, in welcher er sich vor dem Zeitpunkte des Ungehorsams befand; der Einspruch ergreift demgemäß sowohl die thatsächliche, als die rechtliche Grundlage des Ungehorsamsurtheils. In zwei Fällen kann jedoch die ungehorsame Partei gegen das Ungehorsamsurtheil die Berufung zur Hand nehmen:

a. Die erste Ausnahme ist im §. 166 der B. P.-O. geordnet. Hiernach soll Berufung zulässig sein, wenn die Ungehorsamsverfügung, ganz abgesehen von dem Ungehorsam und dessen processualischen Folgen, rechtlicher Begründung ermangelt. Die Ungehorsamsverfügung zerfällt in zwei Theile; der erste bezielt den Ungehorsam und dessen processualische Folgen (Ungehorsamsverfügung im engeren Sinne), der zweite die auf diese erste gestützte Sachentscheidung. Beschwerden gegen den ersteren Theil des Urtheils, über nicht gerechtfertigte Annahme des Ungehorsams an sich, über nicht richtige Normirung der Folgen des Ungehorsams können mittelst der Berufung nicht geltend gemacht werden; dagegen

---

[1]) §. 53 der B. P.-O. — §§. 55, 59 des Gesetzes, die Gebührentaxe in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten betr.

[2]) §§. 516 — 507, 522, 610 der B. P.-O.

[3]) §§. 633, 652 — 600 der B. P.-O.

ist die Berufung gegen die Sachentscheidung zulässig, so insbesondere gegen das Urtheil, welches der Klagbitte Statt giebt, obwohl die zur Begründung der Klage angeführten Thatsachen jene Bitte entweder überall nicht oder nur theilweise begründen.[1])

b. Die zweite, bereits im §. 166 bezogene Ausnahme ist im Schlußsatze des §. 418 der B. P.=O. geregelt. Sie ist Folge der allgemeinen, das außerordentliche Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bezielenden Grundsätze. Während Einreden, Repliken, Dupliken, bez. Beweise, insofern sie mittelst des Einspruchs geltend gemacht werden können, auf diesem Wege auch geltend gemacht werden müssen, würden Einreden, Repliken, Dupliken, bez. schriftliche Beweise, insofern sie mittelst Einspruchs nicht geltend gemacht werden können, nach Vorschrift des §. 444 unter 4 und 5 das außerordentliche Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand begründen. Wenn nun aber nach §. 445, 1 der B. P.=O. das Außerordentliche des Rechtsmittels der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand auch in der Subsidiarität dieses Rechtsmittels sich zeigt, so mußte die Geltendmachung von Einreden, Repliken, Dupliken, bez. schriftlichen Beweisen, insofern ihre Geltendmachung mittelst Einspruchs nicht thunlich, im Wege der Berufung gestattet werden.[2])

§. 4.

III. Während unter I. die verhältnißmäßig geringere Bedeutung der Streitsachen für die Zulässigkeit der Berufung bestimmend ist, entscheidet hier die verhältnißmäßig geringere processualische Bedeutung der richterlichen Verfügungen.

Eine große Zahl der unter diesem dritten Gesichtspunkte

---

[1]) Diese Auffassung der ersten Ausnahme scheint eine allgemeine zu sein: Böttcher in der Jur. Zeit. 1851. S. 244 ff.; Twele Einspruch §. 34; Ayrer Berufung §. 7 unter 3. — Vergleiche auch Leonhardt Justizgesetze, S. 93 der 2. Ausg. (Regierungsmotive).

[2]) Die Bedeutung dieser Ausnahme, insbesondere ihr Verhältniß zur ersten Ausnahme, scheint von Ayrer Berufung §. 26, insbesondere Schlußsatz, verkannt zu sein.

zu betrachtenden Ausnahmen fallen unter den Satz der früheren Proceßtheorie, daß gegen proceßleitende Verfügungen Rechtsmittel nicht zulässig seien, einen Satz, welcher in der bürgerlichen Proceßordnung nicht wiederholt ist, auch nicht zu wiederholen war und am allerwenigsten auf Grund des §. 662 der B. P.-O. heranzuziehen ist,[1]) da derselbe nur einen einzelnen Bestandtheil eines in der bürgerlichen Proceßordnung ganz neu geordneten Systems bildet.

Die zahlreichen, unter diesen dritten Gesichtspunkt fallenden Ausnahmen betreffen:

1) die Zuständigkeit der Gerichte (Th. I. Tit. 1 der B. P.-O.), und zwar:

a. Verweisungsurtheile (§. 4),

b. Bestimmung des rechten Richters (§. 18),

c. Bestimmung eines Gerichts für Zwangsvollstreckung gegen mehrere, in verschiedenen Gerichten belegene Immobilien (§. 557),

d. Gewährung eines Ablehnungsgesuchs (§. 28);

2) die streitenden Theile (Th. I. Tit. 2 der B. P.-O.), und zwar:

a. Auswahl eines gemeinschaftlichen Vertreters für Streitgenossen (§. 33),

b. Zulassung einer Proceßgemeinschaft nach Art wahrer Streitgenossenschaft, Verweigerung derselben und spätere Trennung der zugelassenen Gemeinschaft (§. 34),

c. Zulassung einer Partei zum Armenrechte (§. 63),

d. Zurückweisung unkundiger Personen von der Theilnahme an der mündlichen Verhandlung (§. 106);

3) die Zulassung oder Ausschließung der Öffentlichkeit (§. 88);

4) die Leitung der Verhandlungen, und zwar:

a. Aufforderung zur bestimmten Erklärung über Behauptungen des Gegners (§. 111),

b. Zurückweisung des Antrags auf Fragestellung überhaupt oder auf Stellung einzelner Fragen (§. 111),

---

[1]) Dieses behauptet Ayrer Berufung S. 30. Wie hiefür die Vorschriften der §§. 114, 30 der B. P.-O. möglicherweise von Bedeutung sein können, ist uns nicht klar geworden.

c. Trennung bez. Verbindung der Verhandlungen (§§. 112, 113),

d. Auflage, Stammbäume, Risse u. s. w. beizubringen (§. 110);

5) die Proceßfristen und deren Versäumung, und zwar:

a. Anordnung einer Verhandlung für die Ferienzeit (§. 130),

b. Vertagung der Sache und Anordnung einer neuen Verhandlung im Entbleibungsfalle der Gegenseite (§. 369),

c. Ertheilung oder Versagung des Suspensiveffects beim Einspruche (§. 162);

6) die Gestattung oder Verweigerung eines schriftlichen Vorverfahrens (§. 210) oder des schriftlichen Verfahrens mit mündlicher Schlußverhandlung (§. 463);[1])

7) das Beweisverfahren, und zwar:

a. Bestimmung der Art und Weise, wie Beweise aufzunehmen (§. 224),

b. Zulassung der Beweisaufnahme zum ewigen Gedächtnisse (§. 246),

c. Anordnung der Vernehmung von Zeugen (§. 256), Zuziehung von Zeugen von Amtswegen behuf Abschätzung (§. 303), Zulassung von an Zeugen zu stellenden Fragen (§. 266),

d. Anordnung der Vernehmung von Sachverständigen (§. 276, bez. 256), Zuziehung und Auswahl Sachverständiger von Amtswegen (§. 280), insbesondere behuf

---

[1]) Der Zweifel, ob die Verweigerung des schriftlichen Verfahrens mit mündlicher Schlußverhandlung einem Rechtsmittel unterliege (Magazin Bd. V, S. 147) würde nur dann Grund haben, wenn für den Gesetzgeber die Nothwendigkeit vorläge, einen Gedanken stets mit ein und denselben Worten auszudrücken. Die Worte des §. 463 der B. P.=O.:

„Gegen den, die Anordnung des schriftlichen Verfahrens bezielenden Beschluß des Gerichts findet von keiner Seite ein Rechtsmittel statt,"

sind an sich klar; der „die Anordnung des schriftlichen Verfahrens bezielende Beschluß" betrifft offenbar beides: die Verfügung, welche dem Antrage auf Anordnung des Verfahrens Statt giebt oder denselben zurückweiset. Die Allgemeinheit wird ferner durch die Worte „von keiner Seite" unterstützt. Auch würde es dem Unterschiede sowohl in Betreff der Zulassung des schriftlichen Verfahrens, als in Betreff der Verweigerung des schriftlichen Vorverfahrens an innerer Rechtfertigung fehlen.

Die richtige Ansicht hat auch Ayrer Berufung S. 29, Note 7.

Abschätzung (§. 303), Verwerfung Sachverständiger (§. 274), Zulassung an Sachverständige zu stellender Fragen (§. 276, bez. 266),

e. Anordnung des Augenscheins von Amtswegen (§. 281),

f. Anordnung sofortiger Eidesleistung (§. 287),

g. Verweisung einer behaupteten Urkundenfälschung zur strafrechtlichen Verfolgung, bez. Verweigerung dieser Verweisung (§§. 331, 451), Anweisung der Producten, behuf Schriftvergleichung nach Angabe und dem Dictate des Richters etwas niederzuschreiben (§. 335);

8) die richterliche Verfügung, welche das durch die Leistung oder Verweigerung eines nothwendigen Eides bedingte Erkenntniß lediglich purificirt (§. 301);

9) die richterliche Verfügung in Betreff der vorläufigen Entscheidung eines Theils des Rechtsstreits, bez. der Verweigerung dieser vorläufigen Entscheidung (§. 346);

10) Zulassung einer an sich vorbehaltenen als sofortige Berufung und umgekehrt (§§. 397—399). [1])

§. 5.

Schließlich sind noch als Ausnahmen von der Regel des §. 392 der B. P.-O. die nachfolgenden Fälle nur bedingt zulässiger Berufung zu erwähnen: [2])

1) Nach der Schlußvorschrift des §. 53 der B. P.-O. kann die Entscheidung, wodurch nach contradictorischer Verhandlung Kosten festgesetzt werden, nur insofern, als die Berufung gegen

---

[1]) Aus dem Gesetze über das Mahnverfahren vom 27. Julius 1852 gehören noch hierher:

1) Einleitung des Proceßverfahrens, anstatt des Mahnverfahrens, sei es sofort oder nach erfolgter Widerspruchserklärung (§§. 9 bez. 4, 5);

2) Vollstreckbarkeitserklärung des Zahlungsbefehls, bez. Zurückweisung derselben (§§. 9 bez. 7).

Dagegen können als Ausnahmen der Regel des §. 392 der B. P.-O. nicht statuirt oder doch unter den hier leitenden Gesichtspunkt nicht gebracht werden die Fälle der §§. 20, 83 der B. P.-O. und des §. 56 des Gesetzes vom 8. Novbr. 1850, die Gebührentaxe in bürgerl. Rechtsstr. betr., obwohl in allen diesen Fällen die Berufung nicht Statt haben wird.

[2]) Hierher gehört nicht die Schlußvorschrift des §. 36 der B. P.-O., indem diese die Frage bezielt, wer zur Erhebung der Berufung berechtigt sei (§. 20).

die Entscheidung zur Hauptsache verfolgt wird, gelegentlich dieser mittelst Berufung angefochten werden.

Wie die betreffende Vorschrift des §. 53 der B. P.=O. nothwendig dahin führt, daß die nach rechtskräftig entschiedener Hauptsache erfolgende Festsetzung der Kosten der Berufung nicht unterliegt, so ergiebt sich auch aus derselben, da sie nur die Festsetzung von Kosten bezielt, welche die eine Partei der anderen zu erstatten hat, daß die Festsetzung der Kosten, welche eine Partei ihrem Anwalte, Advokaten, bez. Gerichtsvogte zu zahlen hat, der Berufung überhaupt nicht unterliegt. — Nach dem §. 55 bez. 59 des Entwurfs der Gebührentaxe für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten sollte die Geltendmachung der Gebührenforderungen der gedachten Personen gegen ihre Partei den allgemeinen Proceßregeln unterliegen, so daß die Feststellung derselben durch Berufung hätte angefochten werden können. Die Folge der Änderung, welche der Entwurf nach Maßgabe eines ständischen Antrags insofern erlitt, als jene Geltendmachung nach den Vorschriften der §§. 50 ff. der B. P.=O., bez. nach Analogie derselben erfolgen soll, ist nothwendig die obige, da den gedachten Personen der Natur der Sache nach eine Berufung zur Hauptsache nicht zustehen kann.

2) Nach dem Schlußsatze des §. 361 unterliegt das Ergänzungsurtheil der Berufung allerdings, jedoch nicht einer abgesonderten Berufung, vielmehr sind die etwaigen Beschwerden gegen das Ergänzungsurtheil mit der gegen das Urtheil, dessen Ergänzung beantragt wurde, anhängigen bez. beabsichtigten Berufung nöthigenfalls mittelst Anschließung zu verfolgen. — Unzweifelhaft bezieht sich jener Schlußsatz sowohl auf die Partei, welche Ergänzung beantragte, als die Gegenpartei. [1])

3) Etwaige Beschwerden gegen das Erläuterungsurtheil können und müssen gelegentlich der Berufung gegen den übri=

---

[1]) Der materielle Inhalt des Schlußsatzes des §. 361 macht unnöthige Schwierigkeiten Ayrer Berufung S. 38, indem er übersieht, daß der ständische Antrag gar nicht eine Änderung des Schlußsatzes des §. 361 des Gesetzes betraf. Stände beantragten den regierungsseitig auch genehmigten Strich des Schlußsatzes des §. 361 des Entwurfs der B. P.=O., welcher dahin ging:

„Eine Unvollständigkeit des Ergänzungsurtheils begründet eine Beschwerde über verzögerte oder verweigerte Justiz.“

gen Theil des Urtheils, dessen Erläuterung beantragt wurde, soweit dieses thunlich, sowohl von der einen als der anderen Seite verfolgt werden. Ist diese gelegentliche Beschwerdeführung jedoch nicht thunlich, so findet gegen das Ergänzungsurtheil eine besondere Berufung statt mit dem Unterschiede, daß der Gegenpartei für diese besondere Berufung die Frist von der Behändigung bez. Verkündigung der dem Erläuterungsantrage Statt gebenden Verfügung, der die Erläuterung beantragenden Partei aber von der Behändigung bez. Verkündigung desjenigen Urtheils, dessen Erläuterung beantragt wurde, läuft, so daß also die letztere Partei, will sie ihre Rechte sichern, gegen das letztere Urtheil für den eventuellen Fall, daß ihrem Erläuterungsantrage entweder überhaupt nicht oder doch nicht in begehrter Maße Statt gegeben werden sollte, die Berufung zur Hand nehmen muß. (§. 362 der B. P.-O.)

In beiden letzteren Fällen (2, 3) setzt die besondere Berufung natürlich voraus, daß sie durch sonstige Grundsätze nicht ausgeschlossen ist, wie dieselbe denn auch nicht Platz greifen kann, wenn das Urtheil, dessen Ergänzung bez. Erläuterung beantragt wurde, nur der vorbehaltenen Berufung unterliegt, es wäre denn, daß auch diese bereits erledigt worden wäre.

III. Verhältniß der Berufung zu den außerordentlichen Rechtsmitteln.

§. 6.

Es mag nicht ohne Interesse sein, des Verhältnisses, in welchem die Berufung zu den außerordentlichen Rechtsmitteln der Nichtigkeitsbeschwerde und der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand steht, hier im Allgemeinen zu gedenken; ein Eingehen auf das Detail, insbesondere auf die einzelnen, diese letzteren Rechtsmittel bedingenden Gründe liegt jedoch dem Zwecke dieser Abhandlung fern.

Beide außerordentlichen Rechtsmittel, insbesondere die Nichtigkeitsbeschwerde, haben an derjenigen materiellen Bedeutung, welche ihnen nach dem früheren Proceßrechte zustand, erheblich eingebüßt.

1) Die Nichtigkeitsbeschwerde hat an Selbstständigkeit da-

durch sehr verloren, daß, wenn gegen ein Erkenntniß die Berufung verfolgt wird, die bis zum Schlusse der mündlichen Verhandlung über die Berufung bereits bekannten Nichtigkeitsgründe nicht allein vom Berufungskläger, sondern auch vom Berufungsbeklagten geltend zu machen sind. (§. 432, 2 der B. P.-O.)

Noch stärker wird die Berufung beschränkt, indem sie den Charakter eines rein subsidiairen Rechtsmittels annimmt, in den Fällen der Nr. 7, 8, 9, 11 des §. 431 der B. P.-O., indem sie dadurch, daß der beschwerten Partei die Berufung nicht zusteht,[1]) bedingt erscheint. (§. 432, 1 der B. P.-O.)

Diesem Allem nach findet die Nichtigkeitsbeschwerde ihre

[1]) Wenn einer Partei die Berufung zusteht, gleichviel ob dieselbe sofort oder gegen eine spätere Verfügung (vorbehaltene Berufung) geltend zu machen ist, so muß die Nichtigkeitsbeschwerde auch ausgeschlossen sein, wenn gegen die nichtige Verfügung die vorbehaltene Berufung Platz greift.

Diese Ansicht, welche auch ganz im Geiste der Dispositionen des §. 432 und des Instituts der vorbehaltenen Berufung liegt, wird bestritten von Böttcher Jur. Zeit. 1851, S. 247 ff., bezüglich des Nichtigkeitsgrundes Nr. 11 des §. 431, und von Ayrer Berufung S. 82 allgemein.

Böttcher verkennt nicht, daß die entgegenstehende Ansicht den Worten des Gesetzes nicht entspricht, hält aber dieselbe für gerechtfertigt, weil eine ähnliche Bestimmung der B. P.-O. von 1847 in dem von ihm für richtig gehaltenen Sinne auszulegen und im Zweifel anzunehmen sei, daß die betreffende Vorschrift der B. P.-O. von 1850 in gleicher Weise zu verstehen. — Der erste Theil dieser Argumentation beruht jedoch auf einem höchst bedenklichen **argumentum a contrario** und der Annahme, daß der der Vorschrift des §. 432, 1 der B. P.-O. ähnlichen Vorschrift der B. P.-O. von 1847 Abkürzung und Beschleunigung des über den Nichtigkeitsgrund eintretenden Verfahrens als Zweck zum Grunde liege, während aus den Motiven zum Entwurfe des letztgedachten Gesetzes klar hervorgeht, daß für die fragliche Vorschrift nicht dieser äußere Umstand, sondern innere Gründe bestimmend gewesen sind. — Gegen den zweiten Theil der Argumentation würde aber in Betracht kommen, daß das Institut der vorbehaltenen Berufung in den beiden Gesetzen eine sehr verschiedene Ausbildung erlangt hat, so wie ferner, daß die betreffende Vorschrift der B. P.-O. von 1847 lediglich die Nichtigkeitsgründe unter 8 und 9, nicht den unter 11 des §. 431 der B. P.-O. von 1850 betrifft.

Bei Ayrer findet sich eine besondere Unklarheit, indem derselbe hier, wo es sich um die Nr. 1 des §. 432 der B. P.-O. handelt, nicht allein die Nr. 2 dieses §. citirt — was ein Druckfehler sein könnte —, sondern auch aus den Worten dieser Nr. 2 argumentirt. Was sonst noch vorgebracht wird, möchte um so unerheblicher sein, als dieses Vorbringen das Institut der vorbehaltenen Berufung überhaupt treffen würde.

praktische Bedeutung ganz vorzugsweise in dem Verhältnisse zu den Erkenntnissen zweiter Instanz,[1]) wobei jedoch wiederum zu berücksichtigen ist, daß ein bereits mit der Berufung verfolgter Nichtigkeitsgrund zum Gegenstand der Nichtigkeitsbeschwerde nicht weiter gemacht werden kann.

2) Der Charakter eines rein subsidiairen Rechtsmittels ist der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand insofern aufgeprägt, als dieselbe in den Fällen der Nr. 1—5 des §. 444 der B. P.=O.[2]) nach Vorschrift des §. 445, 1 der B. P.=O. nur dann zulässig sein soll, wenn der Restitutionsgrund zu einer Zeit entdeckt wurde, wo davon im früheren Verfahren, namentlich auch mittelst der Berufung kein Gebrauch gemacht werden konnte. Mit dieser Subsidiarität der Restitutionsklage stehen die Vorschriften der §§. 204, 242, 2. 417, 1. 418 der B. P.=O. im nächsten Zusammenhange.

IV. Sofortige und vorbehaltene Berufung.

§. 7.

Die bürgerliche Proceßordnung unterscheidet die sofortige und vorbehaltene Berufung. Eine Erläuterung, nicht eine Definition dieser Begriffe, findet sich im §. 394 der B. P.=O., während die folgenden §§. 395—399 die diese Begriffe bezielenden näheren Vorschriften enthalten.

---

[1]) Abgesehen vom Verfahren auf Ungehorsam — der Einspruch schließt der Regel nach die Berufung, nicht aber die Nichtigkeitsbeschwerde aus — kommen außerdem noch Rechtsstreitigkeiten, deren Gegenstand die Summe von 10 Thalern nicht übersteigt, in Betracht. In Folge eines, nicht sehr angemessenen, zu praktischen Unzuträglichkeiten jedoch schwerlich führenden ständischen Antrags mußte jedoch in diesen geringeren Rechtsstreitigkeiten die Berufung insoweit nachgelassen werden, als das Urtheil gegen die Vorschriften über Zuständigkeit der Gerichte verstößt (§. 393 der B. P.=O.). Der Nichtigkeitsgrund im §. 431, 1 der B. P.=O. ist enger als der Berufungsgrund im §. 393 der B. P.=O.

[2]) Es muß auffallen, wenn Ayrer Berufung S. 80 gegen den klaren Wortlaut einer gesetzlichen Vorschrift, welche durch allgemeine Grundsätze sich auch sehr leicht rechtfertigt, die principielle Gleichstellung der Nr. 6 mit den Nr. 1—5 des §. 444 der B. P.=O. in Betreff der Subsidiarität der Restitutionsklage zu vertheidigen sucht.

Während einerseits der Begriff der vorbehaltenen Berufung, nicht aber der Begriff der sofortigen Berufung einer Erläuterung bedarf, ist es andererseits thunlich und erforderlich, die Fälle der sofortigen Berufung, nicht aber die Fälle der vorbehaltenen Berufung aufzuführen.

Demgemäß haben wir zuvörderst, zur sofortigen Berufung uns wendend, die Fälle, in welchen dieselbe Platz greift, anzugeben:

1) Der sofortigen Berufung unterliegen zuvörderst Endurtheile, worunter sowohl unbedingt als bedingt, die Hauptsache entscheidende richterliche Verfügungen zu verstehen sein werden. Als bedingtes Endurtheil erscheint aber nach Maßgabe der Vorschriften des §. 301 der B. P.=O. diejenige richterliche Verfügung, wodurch in der Hauptsache ein nothwendiger Eid normirt wird.

Schon hier mag jedoch, unter Verweisung auf die nähere Ausführung im §. 11 darauf aufmerksam gemacht werden, daß die einen spruchreifen Theil eines Rechtsstreits vorab unbedingt oder bedingt endlich erledigende richterliche Verfügung durch die Vorschrift des §. 346 der B. P.=O. der sofortigen Berufung entzogen ist.

2) Nach der Vorschrift des §. 395 unter 2 der B. P.=O. unterliegen der sofortigen Berufung richterliche Verfügungen, wodurch die Formel einer zugeschobenen oder zurückgeschobenen, eines nothwendigen, eines Diffessions=, eines Schätzungs= oder eines Editionseides festgestellt wird.

Als unter dem Endurtheile begriffen scheidet hier aus die richterliche Verfügung, welche einen die Hauptsache bezielenden nothwendigen Eid normirt. Von praktischer Bedeutung ist es übrigens nicht, ob man diesen Fall unter die Nr. 1 oder die Nr. 2 des §. 395 der B. P.=O. stellt.

Vorausgesetzt wird eine richterliche Verfügung, welche einen Eid normirt. Ob dieses in der Weise geschieht, daß die richterliche Verfügung den Eid in wörtlicher Fassung in sich aufnimmt, oder durch Bezugnahme auf die schriftlichen Anträge des Deferenten oder die schriftlichen Gegenanträge des Delaten oder das Sitzungsprotokoll, welche die wörtliche Fassung des Eides enthalten, ist gewiß gleichgültig; dagegen kann die gedachte richter=

liche Verfügung durch eine richterliche Verfügung, welche lediglich zu einer Erklärung über einen Eid auffordert, aus dem sehr einfachen Grunde nicht ersetzt werden,[1]) weil die bürgerliche Proceßordnung richterliche Verfügungen der letzteren Art überall nicht kennt. Das Gesetz fordert die Partei zur Erklärung auf den ihr deferirten Eid auf und selbst im amtsgerichtlichen Verfahren ist der Richter darauf beschränkt, die Partei auf die ihr vom Gesetze gemachten Auflagen aufmerksam zu machen.

3) Die Vorschrift des §. 395 unter 3 der B. P.-O. unterwirft der sofortigen Berufung Urtheile, wodurch die im §. 196 der B. P.-O. gedachten verzögerlichen Einreden erledigt werden, insoweit dieselben nicht schon unter der Nr. 1 begriffen sind.

Die Beifügung dieser Beschränkung hat hier eine besondere Bedeutung, weil es mit Rücksicht auf die Vorschriften des §. 401 der B. P.-O. über Berufungsfristen und des §. 406 der B. P.-O. über Behändigung der Berufungsanträge von sehr erheblichem praktischen Interesse ist, zu wissen, ob eine bestimmte richterliche Verfügung unter die Nr. 1 oder Nr. 3 des §. 395 der B. P.-O. fällt.

Die Bedeutung der Nr. 3 des §. 395 der B. P.-O. wird durch die Vorschriften des §. 197 des Gesetzes[2]) klar dargelegt. — Es handelt sich hier um Fälle, in welchen eine abgesonderte Verhandlung des verzögerlichen Vorbringens stattfindet, sei es nun, daß der Beklagte sich einstweilen auf dieses Vorbringen beschränkt, sei es, daß der Beklagte mit dem verzögerlichen Vorbringen die Hauptsache verbindet, der Richter aber auf Antrag oder von Amtswegen die abgesonderte Verhandlung des verzögerlichen Vorbringens anordnet. Dieses folgt mit Bestimmtheit daraus, daß der §. 197 nur hierauf die Vorschriften des §. 395 bez. 398 bezieht. — Dagegen scheiden hier aus als unter der Nr. 1 des §. 395 mitbegriffen: richterliche Verfügungen, welche dem zur abgesonderten Verhandlung gelangten verzögerlichen Vorbringen Statt geben und folgeweise die Klage in angebrachter Maße abweisen. Daß dieses so sei und die Nr. 1 des §. 395 nicht blos

---

[1]) Dieses behauptet Ahrer Berufung S. 43.

[2]) Die Bedeutung dieses §. für die Auslegung der Nr. 3 des §. 395 wird von Ahrer Berufung S. 43 ff. nicht gewürdigt.

richterliche Verfügungen begreife, welche auf Grund des mit der Hauptsache combinirten verzögerlichen Vorbringens die Klage abweisen, ergiebt sich klar aus dem ersten Satze des §. 197 der B. P.=O., indem hier bezüglich des über das abgesonderte verzögerliche Vorbringen ergehenden Urtheils gesagt ist, daß es als Haupturtheil im Sinne der Nr. 1 des §. 395 der B. P.=O. sich darstellen könne.

4) Außer diesen generelleren ist noch der folgenden speciellen Fälle der sofortigen Berufung zu gedenken. Dieser unterliegen ferner:

a. die richterliche Verfügung, welche die Nebenintervention zurückweiset (§. 37);
b. die richterliche Verfügung, welche die Beweisaufnahme zum ewigen Gedächtnisse zurückweiset (§. 246);
c. die richterliche Verfügung, wodurch die Weigerung eines Zeugen bez. Sachverständigen, den Eid zu leisten oder ein Zeugniß bez. Gutachten allgemein oder in Beziehung auf einzelne Fragen abzulegen, zurückgewiesen wird (§§. 260, 273, 276);
d. die richterliche Verfügung, wodurch die Einsicht der ganzen Urkunde gegen die Anträge des Editionspflichtigen gestattet wird (§§. 307, 315, 2, 324, 2);
e. die richterliche Verfügung, wodurch eine Partei zur eidlichen Bestärkung des Inhalts einer Urkunde, welche durch Arglist oder grobes Verschulden der Gegenpartei gegen den Beweisführer verloren oder zur Benutzung untauglich gemacht worden ist, zugelassen wird (§. 309);
f. die richterliche Verfügung, wodurch einem Editionsantrage Statt gegeben oder auch der gegen eine dritte Person gerichtete Editionsantrag verworfen wird (§§. 316, 325).

§. 8.

Wenngleich der §. 7 die Zahl der Fälle, in welchen die bürgerliche Proceßordnung die sofortige Berufung speciell zuläßt, erschöpft, so ist dadurch das Gebiet der sofortigen Berufung doch keineswegs richtig begrenzt, vielmehr wird dieses Gebiet durch die Vorschrift des §. 397 der B. P.=O. einerseits erweitert und durch die Vorschrift des §. 398 der B. P.=O. andererseits be=

schränkt, indem unter gewissen Voraussetzungen die an sich vorbehaltene zur sofortigen Berufung erhoben und umgekehrt die an sich sofortige zur vorbehaltenen Berufung herabgedrückt wird.

Diese Voraussetzungen sind aber, zum größeren Theile beiden Fällen gemeinsam, die nachfolgenden:

1) es muß ein bestimmter Antrag einer oder beider Proceßparteien vorliegen und zwar muß dieser Antrag vor dem Erlasse derjenigen Verfügung, gegen welche die vorbehaltene Berufung ausnahmsweise als sofortige zugelassen bez. die sofortige Berufung ausnahmsweise nur als vorbehaltene gestattet werden soll, gestellt werden.

2) Das Gericht muß ausdrücklich verordnen, daß die Ausnahme eintreten solle und zwar zugleich mit dem Erlasse der Verfügung in der Hauptsache; hierdurch wird jedoch ein Ergänzungsantrag natürlich nicht ausgeschlossen, wenn der Richter unterlassen hat, über den zeitig gestellten Antrag sich auszusprechen.

3) Das Gericht wird der Natur der Sache nach lediglich das Vorhandensein der speciellen Voraussetzung für die anzuordnende Ausnahme zu prüfen und demgemäß die Frage, ob die Aufhebung der Hauptverfügung mittelst der Berufung mehr oder minder wahrscheinlich sei, außer Acht zu lassen haben.

Die specielle Voraussetzung für die anzuordnende Ausnahme ist eine verschiedene, je nachdem es sich darum handelt, eine an sich vorbehaltene Berufung als sofortige zuzulassen oder die an sich sofortige Berufung nur als vorbehaltene zu gestatten. Das Letztere ist überhaupt nur in Betreff einer einzelnen Art der sofortigen Berufung (§. 395, 3) zulässig und dann dadurch bedingt, daß verzögerliche Einreden als lediglich zur Verzögerung des Rechtsstreits vorgebracht anzusehen sind. Das Erstere wird dagegen dadurch bedingt, daß anzunehmen, der durch eine richterliche Verfügung erwachsende Nachtheil sei der Art, daß derselbe ohne sofortige Ausführung der Beschwerde entweder gar nicht, oder doch nur schwer beseitigt werden könne. Übrigens greift diese zweite Ausnahme nicht wie die erste nur in Beziehung auf bestimmte namhaft gemachte richterliche Verfügungen, sondern insoweit allgemein Platz, als nicht die bürgerliche Proceßordnung rücksichtlich einzelner richterlicher Verfügungen das Gegentheil be-

sonders anordnet. Als richterliche Verfügungen, rücksichtlich deren das Gesetz bestimmt, daß eine dawider zu richtende Beschwerde nur mit der Berufung zur Hauptsache geltend zu machen sei, stellen sich aber die folgenden dar: [1])

a. die richterliche Verfügung über die Zulänglichkeit angebotener Sicherheitsmittel (§. 59); [2])

b. die richterliche Verfügung, welche den Einspruch für zulässig erklärt (§. 164); [3])

c. das Beweisinterlocut (§. 218);

d. die richterliche Verfügung, wodurch einzelne an Zeugen oder Sachverständige zu richtende Fragen verworfen werden (§§. 266, 276);

---

[1]) Die Vorschriften der §§. 600, 612, 652 der B. P.=O. stehen unter den allgemeinen Grundsätzen und die des §. 639 fällt unter die Nr. 3 des §. 395. — Vergl. auch §. 580 der B. P.=O.

[2]) Wenn die Schlußvorschrift des §. 59 der B. P.=O. dem ganzen Zusammenhange nach nur von der Zulänglichkeit der Sicherheitsmittel zu verstehen, Sicherheitsmittel aber stets von der zur Sicherheitsleistung verpflichteten Partei anzubieten sind, so werden sich die von Ayrer Berufung S. 53, Note 2 erhobenen Schwierigkeiten als von vorn herein unerfindlich darstellen.

[3]) Daß die richterliche Verfügung, welche den Einspruch für unzulässig erklärt, der Berufung unterliege, folgt, da das Gegentheil nicht ausgesprochen ist, aus der Vorschrift des §. 392 der B. P.=O.

Ebenso unzweifelhaft ist es, daß die betreffende Verfügung an und für sich der sofortigen Berufung nicht unterliegt: denn da das Gesetz dieses nicht ausdrücklich bestimmt, würde es nur angenommen werden können, wenn die betreffende Verfügung im Sinne des §. 395 unter 1 der B. P.=O. als Endurtheil angesehen werden könnte, was sicher nicht geschehen darf. Am allerwenigsten würde es gegensätzlich aus der Vorschrift des §. 164 folgen: denn den Gegensatz einer Berufung, welche nur mit der Hauptsache geltend zu machen ist, bildet nach Vorschrift des §. 397 die vorbehaltene Berufung, deren sofortige Ausführung ausnahmsweise zugelassen werden kann, nicht aber die sofortige Berufung.

Principiell am richtigsten wird man sagen: die den Einspruch als unzulässig zurückweisende Verfügung unterliegt an sich der vorbehaltenen Berufung; der Richter kann jedoch mit Rücksicht auf die Vorschrift des §. 397 dieselbe als sofortige zulassen, wie sie denn auch ohne Weiteres den letzteren Charakter annimmt, wenn die Ungehorsamsverfügung ihrem auf die Sache selbst eingehenden Inhalte nach unter die Kategorie des §. 395 fällt. Oder man kann auch sagen: die Berufung greift im betreffenden Falle als sofortige oder als vorbehaltene Platz, je nachdem die Ungehorsamsverfügung ihrem sachlichen Inhalte nach der sofortigen Berufung unterworfen ist, oder nicht.

e. die richterliche Verfügung, welche eine Eideszuschiebung oder einen Schätzungseid als unzulässig zurückweiset (§§. 295, 303);

f. die richterliche Verfügung, wodurch die Einsicht des Ganzen einer Urkunde versagt wird (§. 307);

g. die richterliche Verfügung, welche das Verlangen der eidlichen Bestärkung des Inhalts einer Urkunde zurückweiset (§. 309);

h. die richterliche Verfügung, welche den Antrag auf Edition von Seiten des Proceßgegners verwirft (§. 316); [1])

i. die richterliche Verfügung, wodurch die Beweisantretung mittelst Urkunden zugelassen oder zurückgewiesen wird (§. 327).

Die richterlichen Verfügungen, wodurch auf Antrag der Partei das Gericht die in §§. 397, 398 erwähnten Ausnahmen anordnet, unterliegen keinem Rechtsmittel und binden das Berufungsgericht. Daß in gleicher Weise durch die richterliche Verfügung, welche eine an sich vorbehaltene Berufung ausnahmsweise als sofortige zuläßt, die diese beantragende Partei gebunden sei, kann nicht wohl zweifelhaft sein, da die Frage, ob Beschwerden mittelst sofortiger oder vorbehaltener Berufung geltend zu machen, als die Ordnung des Verfahrens bezielend, der Privatwillkür keinen Raum läßt. Hierdurch wird jedoch nicht ausgeschlossen, daß eine zur sofortigen Ausführung zugelassene Beschwerde erst später gelegentlich einer anderen der sofortigen Berufung unterliegenden richterlichen Verfügung geltend gemacht wird, wenn die Gegenpartei den Ablauf der Berufungsfrist nicht rügt, da die verzögerliche Einrede der nicht innegehaltenen Berufungsfrist von Amtswegen nicht zu berücksichtigen ist.

§. 9.

Der Rückblick auf den Inhalt der §§. 7, 8 führt zu einer weiteren Betrachtung, welche im näheren Zusammenhange mit

---

[1]) Die richterliche Verfügung, welche den Antrag auf Edition von Seiten einer dritten Person zurückweiset, unterliegt nach ausdrücklicher Vorschrift des (von Ayrer Berufung S. 54, 48 nicht beachteten) §. 325 der B. P.-O. der sofortigen Berufung (§. 7 unter 4 f.).

dem Institute der vorbehaltenen Berufung stehend, den Übergang zu den, die vorbehaltene Berufung bezielenden speciellen Vorschriften zu bilden geeignet ist.

Man wird die Berufung gegen das Endurtheil als den Regelfall, alle übrigen in den §§. 7, 8 erwähnten Berufungen aber als Ausnahmsfälle der sofortigen Berufung bezeichnen dürfen.

Daß Endurtheile sofortiger Berufung unterliegen müssen, beruht auf einer processualischen Nothwendigkeit; für unbedingte Endurtheile folgt dieses aus der Natur der Sache, für bedingte Endurtheile aus der Vorschrift des §. 301 der B. P.=O., wonach gegen Verfügungen, welche das durch die Leistung oder Verweigerung eines nothwendigen Eides bedingte Erkenntniß lediglich purificiren, die Berufung überall nicht Statt hat.

Ein Gesetzgeber, welcher durch die Rücksicht auf thunlichste Concentration der Verhandlungen und Vermeidung der Recurrenz der Streitsachen an die höhere Instanz sich leiten läßt, könnte möglicherweise ohne processualische Hindernisse dahin gelangen, die Berufung gegen Endurtheile als den einzigen Fall sofortiger Berufung hinzustellen. Allein dieses wäre eine für eine gute Rechtspflege höchst gefährliche Consequenz; die Gesetzgebung wird nicht weiter gehen dürfen, als die sofortige Berufung gegen Endurtheile als Regel festzuhalten, insofern nicht ganz überwiegende Gründe processualischer oder sachlicher Zweckmäßigkeit zu Ausnahmen führen. Auf diesem Standpunkte steht die bürgerliche Proceßordnung.

Die Zulassung sofortiger Berufung gegen Urtheile, wodurch abgesondert verhandelte verzögerliche Einreden verworfen werden, ist völlig consequent und durch die processualischen Grundsätze, welche auf die Gestattung einer abgesonderten Verhandlung verzögerlichen Vorbringens überhaupt führen, in aller Maße gerechtfertigt. — Ferner ist die sofortige Erledigung von Incidentstreitigkeiten, welche zwischen den Parteien und dritten Personen erwachsen, fast Sache processualischer Nothwendigkeit, indem es jedenfalls eine große Anomalie sein würde, an der Berufung über das, lediglich die Parteien betreffende Endurtheil dritte Personen (insbesondere Zeugen, Sachverständige, Urkundenbesitzer) Theil nehmen zu lassen.

Die Gesetzgebung hat sodann Rücksicht darauf zu nehmen, daß nicht Nachtheile eintreten, welche durch spätere Berufung entweder überall nicht, oder doch nur schwer beseitigt werden können. Die bürgerliche Proceßordnung thut dieses insofern, als sie gegen einzelne wenige richterliche Verfügungen, welche diesen gefährdenden Charakter bestimmt an sich tragen, die sofortige Berufung gestattet, als sie ferner gegen richterliche Verfügungen überhaupt, insoweit nicht einzelne derselben jenen gefährdenden bestimmt nicht an sich tragen, die an sich vorbehaltene Berufung als sofortige zuzulassen dem Richter gestattet, falls überall nicht, oder doch nur schwer zu beseitigende Nachtheile bei späterer Verfolgung der Berufung zu befürchten stehen.

Schließlich ist die sofortige Berufung gegen richterliche Verfügungen zugelassen, welche Haupt- oder Nebeneide bezielen. Für diese Ausnahme spricht mit bedeutendem Gewichte die Rücksicht auf Vermeidung sowohl unnöthiger Eide als der Mißstände, welche eintreten, wenn eine durch Eid bekräftigte Behauptung auf Grund anderweiter Beweismittel wieder in Frage gestellt wird.

§. 10.

Gegen richterliche Verfügungen, welche nicht unter die Vorschriften des §. 395, 1—4 fallen, greift nur die vorbehaltene Berufung Platz. Diese Worte enthält die bürgerliche Proceßordnung im ersten Satze des §. 396, während sie im §. 394 es als vorbehaltene Berufung bezeichnet, wenn die Ausführung der Beschwerde nicht sofort, sondern — nur gegen die Entscheidung der Hauptsache stattfindet, d. h. gegen das Endurtheil oder die nächste der sonstigen, sofortiger Berufung unterworfenen richterlichen Verfügungen, mit welcher jene Beschwerde im entscheidenden Zusammenhange steht.[1])

Die Idee, welche dem Institute der vorbehaltenen Berufung zum Grunde liegt, ist älteren und neueren Legislationen bekannt; sie findet sich insbesondere in der bürgerlichen Proceßordnung

---

[1]) Eine ausführliche Erörterung über den Begriff. der vorbehaltenen Berufung enthält die Beilage II der Ayrer'schen Schrift über die Berufung. — Vergl. außerdem Magazin III, S. 110 ff. (v. Bobers), III, S. 108 ff. (Friederici), IV, S. 65 ff. (Köllner).

für das Königreich Hannover vom 4. December 1847. Ein näheres Eingehen auf die legislative, wie auf die historische Seite der Sache scheint für den Zweck dieser Abhandlung nicht erforderlich; wir werden uns darauf beschränken können, eine sehr wesentliche Verschiedenheit zwischen den desfallsigen Vorschriften der beiden Proceßordnungen von 1847 und 1850 näher hervorzuheben.

Nach dem ersteren Gesetze soll die vorbehaltene Beschwerde bei Gelegenheit des nächsten Rechtsmittels der Appellation oder der Supplication, oder in der Executionsinstanz bei Gelegenheit der nächsten einfachen Beschwerde gerechtfertigt werden (§. 222, c.); sie bildet lediglich einen Theil des demnächst auszuführenden Rechtsmittels der Appellation oder der Supplication (in der Executions-Instanz der einfachen Beschwerde) und muß von dem, welcher dieses verfolgt, spätestens in der Ausführung desselben, von dem, gegen welchen dieses verfolgt wird, spätestens in der Vernehmlassung auf dasselbe, und zwar bei Verlust der s. g. vorbehaltenen Beschwerde geltend gemacht werden (§. 246).

Über die wichtigste der in diesen Vorschriften enthaltenen Abweichungen von den entsprechenden Bestimmungen der neueren Proceßordnung äußern sich die Regierungsmotive zu den §§. 245, 246 der älteren Proceßordnung folgendermaßen: „Für das Verfahren selbst ist im Grunde nur die Frage zweifelhaft, wann sie — die vorbehaltenen Rechtsmittel — ausgeführt werden müssen. Erwägt man, daß gerade deshalb ihre sofortige Ausführung unterblieben und vorerst ein bloßer Vorbehalt genügen soll, weil die Partei nicht sogleich ein Interesse an der Abänderung der Verfügung, gegen welche das Rechtsmittel ergriffen worden, hatte, so wird man geneigt sein, die Ausführung erst dann zu fordern, wenn das Interesse der Partei existent wird. Demungeachtet setzt der Entwurf einen anderen Zeitpunkt fest und fordert, daß die Ausführung des vorbehaltenen Rechtsmittels sofort mit dem ersten ordentlichen Rechtsmittel, welches nach der Zeit des Vorbehalts verfolgt wird, verbunden werde. Der Zweck der ganzen Maßregel ist Abkürzung, wenn nur ein Rechtsmittel selbständig an den Richter höherer Instanz gebracht wird, so ist es nur zweckmäßig, daß diese Gelegenheit zugleich benutzt wird, um die Rechtsbeständigkeit der Verfügung, gegen welche ein

Rechtsmittel vorbehalten ist, festzustellen, indem ohnehin ein Aufenthalt in der Sache erfolgt, der Richter höherer Instanz sich mit den Verhandlungen bekannt machen muß und möglicherweise durch eine Entscheidung über das vorbehaltene Rechtsmittel alles weitere Verfahren überflüssig wird."

Es ist Sache processualischer Nothwendigkeit, die Geltendmachung vorbehaltener Beschwerden spätestens gegen das Endurtheil zu gestatten: denn sowohl das unbedingte als das bedingte Endurtheil ist die letzte richterliche Verfügung, gegen welche die Berufung verfolgt werden kann. Ein Gleiches gilt von der Geltendmachung der einen Incidentpunkt bezielenden vorbehaltenen Beschwerden in Betreff des diesen Incidentpunkt unbedingt oder bedingt endlich erledigenden Urtheils, vorausgesetzt, daß dieses Urtheil selbst der Berufung bez. der sofortigen Berufung unterliegt.

Hiervon abgesehen wird der Gesetzgeber durch processualische Gründe nicht genöthigt, gegen Zwischenverfügungen die Geltendmachung vorbehaltener Beschwerden zu gestatten. Gründe processualischer Zweckmäßigkeit werden hier bestimmend sein, imgleichen dafür, ob auf Zusammenhang zwischen der vorbehaltenen Beschwerde und der sofortiger Berufung unterliegenden Zwischenverfügung überhaupt und dieses angenommen, ob auf formellen oder sachlichen Zusammenhang zu sehen sei.

Es ist klar, daß die bürgerliche Proceßordnung von 1850 in dieser Lehre über das Gebot processualischer Nothwendigkeit hinausgegangen ist und daneben in starker Abweichung von der bürgerlichen Proceßordnung von 1847 auf sachlichen Zusammenhang zwischen der vorbehaltenen Beschwerde und der sofortiger Berufung unterworfenen Zwischenverfügung gesehen wissen will. Was schon die Motive zur älteren Proceßordnung als der Natur der Sache entsprechend hinstellten, ist als gesetzlicher Grundsatz ausgesprochen und konnte dieses um so unbedenklicher geschehen, als die äußeren Gründe, welche das ältere Gesetz bestimmten, die Geltendmachung der vorbehaltenen Beschwerde mit dem nächsten Rechtsmittel der Appellation u. s. w. zu gebieten, für das neuere Gesetz in Folge der Mündlichkeit des Verfahrens, welchem

eine Verhandlung über ohne Zusammenhang stehende Dinge nicht entspricht, als völlig paralysirt sich darstellen mußten. [1])

Von den Zwischenverfügungen ist in der hier fraglichen Beziehung von vorzugsweiser, man kann sagen fast alleiniger praktischer Bedeutung diejenige, wodurch die Formel eines die Hauptsache bezielenden zugeschobenen oder zurückgeschobenen Eides normirt wird, wie denn auch dieselben gewichtigen Gründe, welche auf die Zulassung sofortiger Berufung gegen diese Zwischenverfügung führen, dafür sprechen, daß die vorbehaltenen, mit dieser Zwischenverfügung im entscheidenden Zusammenhange stehenden Beschwerden gegen dieselbe geltend zu machen seien. Bei dieser Sachlage wird es als gerechtfertigt sich darstellen, wenn die gedachte Zwischenverfügung im Nachfolgenden vorzugsweise Beachtung findet.

Man hat die Bedeutung der Worte des §. 394 „im entscheidenden Zusammenhange" zweifelhaft befunden. — Wir bekennen offen, daß es uns bei der großen Mannigfaltigkeit der concreten Verhältnisse schwer fällt, die Bedeutung jener Worte allgemein zu erläutern. Kaum möchten wir aber glauben, daß dieses nöthig sei, weil jene Worte an sich klar zu sein scheinen. Immerhin mag es jedoch gerechtfertigt sein, wenn man sagt: die Worte „entscheidender Zusammenhang" seien gleichbedeutend mit den Worten „sachlicher Zusammenhang", oder auch, was vielleicht am weitesten führen und am sichersten leiten dürfte, die Sache dahin zu erläutern, daß auf rechtliches Interesse zu sehen, so daß gegen eine Zwischenverfügung vorbehaltene Beschwerden insoweit geltend zu machen, als die eine oder andere Proceßpartei gegenüber dem speciellen Inhalt dieser Zwischenverfügung ein Interesse dabei hat, zu wissen, ob die frühere Verfügung, gegen welche nur eine vorbehaltene Berufung Statt hat, zu Recht bestehe oder nicht.

Wenn man nicht die Worte des §. 394 „mit welcher jene Beschwerde im entscheidenden Zusammenhange steht" ganz ignoriren, das historische Verhältniß, in welchem die betreffenden Vor-

[1]) Vergl. Regierungsmotive bei Leonhardt Justizgesetzgebung II, S. 186 der 2. Ausg.

schriften der Proceßordnungen von 1847 und 1850 stehen, übersehen und die Regierungsmotive zum letzteren Gesetze unbeachtet lassen will, wird man darüber nicht wohl zweifelhaft sein können, daß ein blos formeller Zusammenhang zwischen einer früheren und späteren Verfügung nicht genüge, um eine durch die erstere zugefügte Beschwerde gegen die letztere geltend zu machen. — Insbesondere würde es ungerechtfertigt sein, wenn man im Falle, daß eine frühere Verfügung zu mehreren vorbehaltenen Beschwerden Anlaß giebt, von denen jedoch nur die eine oder andere im entscheidenden Zusammenhange mit einer späteren, der sofortigen Berufung unterworfenen Zwischenverfügung steht, behaupten wollte, sämmtliche Beschwerden seien gegen diese Zwischenverfügung geltend zu machen. Die Irrigkeit dieser Behauptung würde, ganz abgesehen von allgemeinen Grundsätzen, schon aus den Worten des §. 394 der B. P.-O. bestimmt folgen: denn es heißt hier nicht etwa, die vorbehaltene Berufung gegen eine frühere Verfügung sei gegen eine spätere, mit jener in entscheidendem Zusammenhange stehende Verfügung zu verfolgen, sondern: die Ausführung einer B e s c h w e r d e finde statt gegen die nächste, der sofortigen Berufung unterworfene Verfügung, mit welcher jene B e s c h w e r d e im entscheidenden Zusammenhange stehe.

Auf der anderen Seite sind aber auch die Worte „im entscheidenden Zusammenhange" so weit zu verstehen, als der in ihnen enthaltene Begriff trägt, indem gegen eine Beschränkung schon die Rücksichten auf thunlichste Concentration der Verhandlungen und Vermeidung der mit der Ableistung unnöthiger Eide verbundenen Nachtheile, — zwei Rücksichten, welche für den Gesetzgeber in der Lehre von der sofortigen und vorbehaltenen Berufung durchweg bestimmend gewesen sind — mit großem Gewichte in Betracht kommen.

Gegen die Zwischenverfügung, welche die Formel eines zugeschobenen oder zurückgeschobenen Eides festsetzt, wird nicht etwa allein die Beschwerde wegen unrichtiger Normirung des Eides auszuführen sein — sondern auch von der einen oder anderen Seite — die Beschwerde über Zurückweisung oder nicht richtige Beurtheilung des Ergebnisses sonstiger Beweise, über unrichtige Feststellung des Beweissatzes oder fehlerhafte Vertheilung der

Beweislast, imgleichen über die mit Unrecht angenommene rechtliche Begründung der Klage. In allen diesen Beziehungen tritt ein entscheidender Zusammenhang sehr bestimmt hervor. Ist die Klage nicht rechtlich begründet, so ist der Eid überhaupt bedeutungslos; ist der Beweissatz unrichtig gefaßt, so ist der dem Beweissatze gemäß zu normirende Eid in vorliegender Gestalt bedeutungslos u. s. w.

Hier bezogen sich die mehreren Verfügungen (einerseits die verschiedenen Verfügungen, gegen welche nur eine vorbehaltene Beschwerde Platz greift — andererseits die der sofortigen Berufung unterworfene Verfügung) nur auf einen und denselben Streitpunkt. Ein Gleiches wird aber auch wegen des Verhältnisses, in welchem die Einrede zur Klage, mehrere Einreden zu einander, die Einrede zur Replik, mehrere Repliken zu einander u. s. w. stehen, nach Maßgabe der Verhältnisse des concreten Falls Rechtens sein müssen, wenn die mehreren Verfügungen verschiedene Streitpunkte bezielen. So wird z. B. gegen die den Einredenbeweis durch Eidesdelation bezielende Zwischenverfügung die Beschwerde gegen die die Klage zulassende Verfügung, insofern diese nämlich nur der vorbehaltenen Berufung Raum giebt, vom Beklagten geltend zu machen sein. Es wird ferner die Beschwerde gegen die Verfügung, welche eine erste Einrede zum Beweise verstellt, gegen die Verfügung, welche den eine zweite Einrede bezielenden Eid feststellt, vom Beklagten geltend zu machen sein, wenn er behauptet, daß die erste Einrede ohne Beweisauflage als begründet hätte anerkannt werden müssen. — Imgleichen wird gegen die Zwischenverfügung, welche den Eid bezüglich eines Replikenbeweises feststellt, der Kläger die Beschwerde wegen Zulassung der Einrede zu erheben haben.

Auch im Verhältnisse der Klage zur Wiederklage werden, insofern entweder zwischen beiden materielle Connexität besteht oder Einrede und Wiederklage dasselbe Fundament haben, nach Maßgabe der Verhältnisse des concreten Falls ähnliche Erscheinungen hervortreten.

Die Frage, ob die Geltendmachung vorbehaltener Beschwerden gegen die der sofortigen Berufung an sich unterworfene Zwischenverfügung voraussetze, daß diese letztere beschwerend sei? kann

schwerlich Schwierigkeiten bereiten: denn da eine vorbehaltene Beschwerde nur insoweit, als sie mit einer späteren Verfügung in entscheidendem Zusammenhange steht, gegen die letztere erhoben werden kann, so folgt ganz ohne Weiteres, daß unter der Voraussetzung der Begründetheit der Beschwerde die letztere Verfügung beschwerend sein muß, was man dann auch so ausdrücken kann, daß nur insofern die an sich der sofortigen Berufung unterworfene Verfügung beschwerend sei, vorbehaltene Beschwerden gegen sie geltend gemacht werden können. — Faßt man aber bei der Frage in's Auge, ob die Zwischenverfügung an sich beschwerend sei und versteht unter dem „an sich", ob die richterliche Verfügung in einer und zwar in der zuletzt zur Sprache gebrachten Beziehung beschwerend sei, so thut man damit etwas, wozu nicht die mindeste Veranlassung vorliegt und geräth mit den Worten des §. 394 der B. P.=O. nicht weniger als mit den allgemeinen, diese Lehre beherrschenden Grundsätzen, insbesondere auch mit der Rücksicht auf Vermeidung unnützer Eide in Widerspruch.

Die Vorschriften über vorbehaltene Berufung sind in der bürgerlichen Proceßordnung als ganz allgemeine dargestellt und werden sich demgemäß wirksam erweisen müssen, gleichviel ob der Rechtsstreit einen oder mehrere Ansprüche zum Gegenstande hat, gleichviel ferner, ob rücksichtlich eines und desselben Anspruchs sich mehrere Streitpunkte erhoben haben, oder nicht.

Bereits im vorletzten Absatze ist des Falls mehrerer ein und denselben Anspruch bezielender Streitpunkte gedacht. Setzen wir hier den Fall, daß mehrere von einander unabhängige Ansprüche den Gegenstand eines und desselben Rechtsstreits bilden, so werden die den ersten Anspruch bezielenden Beschwerden gegen die, diesen ersten Anspruch endlich oder bedingt endlich entscheidende richterliche Verfügung geltend zu machen sein, insofern sie nicht gegen eine ausnahmsweise der sofortigen Berufung unterworfene frühere, diesen ersten Anspruch bezielende richterliche Verfügung zu richten waren. In gleicher Weise wird es sich bezüglich der den zweiten Anspruch betreffenden Beschwerden verhalten. Dagegen wird eine den ersten Anspruch betreffende Beschwerde nie

gegen eine den zweiten Anspruch bezielende Verfügung, und umgekehrt eine den zweiten Anspruch betreffende Beschwerde nie gegen eine den ersten Anspruch betreffende Verfügung geltend gemacht werden können; dieses Alles aus dem einfachen Grunde, weil es an einem sachlichen Zusammenhange fehlt.

§. 11.

Wenngleich es, wie bereits im Eingange des §. 7 bemerkt wurde, unthunlich und ohne besonderes Interesse ist, die einzelnen Fälle der vorbehaltenen Berufung aufzuführen, so ist es doch von großer Bedeutung, eines speciellen, im §. 346 der B. P.=O. enthaltenen Falls hier — und gerade in diesem Zusammenhange — zu dem Zwecke zu gedenken, um denselben dem Gebiete der vorbehaltenen Berufung zu vindiciren. [1])

Unstreitig entspricht es allgemeinen Proceßgrundsätzen am meisten, wenn über den ganzen Stoff eines Rechtsstreits durch eine richterliche Verfügung unbedingt oder bedingt endlich entschieden wird. Allein processualisch unzulässig ist es keinesweges, daß mehrere derartige Verfügungen ergehen, von denen die eine den einen, die andere den anderen Theil des Rechtsstreites zur unbedingt bez. bedingt endlichen Entscheidung bringt, und die tägliche Erfahrung lehrt, wie häufig ein solches Verfahren ist.

Die Folge dieses Verfahrens ist nun aber, daß mehrere Berufungen erforderlich werden oder doch erforderlich werden können, während, wäre nur ein Endurtheil gesprochen, eine Berufung genügen würde. Ein Gesetzgeber, welcher sich durch die Rücksicht auf thunlichste Concentration der Verhandlungen und thunlichste Vermeidung der Recurrenz des Processes an das Berufungsgericht leiten und zur Einführung des Proceßinstituts der vorbehaltenen Berufung bestimmen läßt, wird hierin unstreitig einen Übelstand erblicken müssen, welcher auch auf eine Unterbrechung des Verfahrens der ersten Instanz führen muß.

Eine sehr einfache Abhülfe dieses Übelstandes würde in dem Gebote zu finden sein, daß nur eine, sämmtliche Theile des Rechtsstreits unbedingt oder bedingt endlich erledigende richter=

---

[1]) Abweichende Ansichten bei v. Düring (Magazin III, S. 283 ff.) und Ayrer Berufung §§. 14, 19 und Beilage I.

liche Verfügung zu erlassen sei, so daß also das Urtheil über einen spruchreifen Theil bis dahin auszusetzen wäre, daß auch der übrige Theil des Rechtsstreits als spruchreif sich darstellte. Allein ein solches unbedingt oder auch nur als Regel hingestelltes Gebot erscheint bei einem Verfahren, welches auf Unmittelbarkeit der Verhandlungen eines Rechtsstreits vor den zu seiner Entscheidung berufenen Richtern beruht, geradezu verwerflich und würde auch gegenüber einem schriftlichen Verfahren nicht ohne Bedenken sein, da hiedurch unter Anderem in ganz unzweifelhaften Fällen die vorläufige Realisirung des spruchreifen Theils des Rechtsstreits mittelst Zwangsvollstreckung nothwendig ausgeschlossen würde.

Diesem nach wird die Aussetzung der den spruchreifen Theil eines Rechtsstreits unbedingt oder bedingt endlich entscheidenden richterlichen Verfügung dem Richter nachgelassen, in dessen Ermessen gestellt werden dürfen und folgeweise für die Fälle, in welchen eine Aussetzung als thunlich und angemessen sich nicht darstellt, anderweite Abhülfe gewährt werden müssen. Diese anderweite Abhülfe liegt nun aber für einen Gesetzgeber, welcher das Proceßinstitut der vorbehaltenen Berufung in das Gesetz aufnehmen will, außerordentlich nahe. Er handelt in vollem Einklange mit den, dieses Proceßinstitut beherrschenden Principien, wenn er die einen Theil des Rechtsstreits vorab unbedingt oder bedingt endlich entscheidende richterliche Verfügung, soviel die Berufung anbetrifft, als Endurtheil nicht ansieht, so daß also die gegen jene Verfügung geltend zu machenden Beschwerden — insoweit nicht deren sofortige Geltendmachung nach Maßgabe des §. 397 der B. P.-O. ausnahmsweise vom Richter gestattet wird — gegen die spätere, den übrigen Theil des Rechtsstreits unbedingt oder bedingt endlich entscheidende Verfügung — bez. gegen eine, diesen übrigen Theil des Rechtsstreits bezielende, ausnahmsweise sofortiger Berufung unterworfene Zwischenverfügung, unter der Voraussetzung eines sachlichen Zusammenhangs jener Beschwerden mit dieser Zwischenverfügung — zu richten sind.

Es fragt sich nun, ob die Vorschriften des §. 346 der B. P.-O. mit diesem Ergebnisse allgemeiner Grundsätze über-

einstimmen. Diese Frage wird um so unbedenklicher zu bejahen sein, als im Zweifel angenommen werden muß, daß specielle Vorschriften eines Gesetzes mit den allgemeinen Principien dieses Gesetzes überhaupt bez. desjenigen Proceßinstituts, welchem die speciellen Vorschriften angehören, im Einklange seien.

1) Die obige Annahme, daß als richterliche Verfügung, gegen welche nur eine vorbehaltene Berufung Platz greift, diejenige anzusehen, welche den spruchreifen Theil eines Rechtsstreits vorab erledigt, sei es nun unbedingt oder bedingt endlich, steht im vollsten Einklange mit den Worten des §. 346 der B. P.-O.

Wenn unter Urtheilen im Sinne des dritten Abschnitts des Titels 1 Th. II der B. P.-O. diejenigen richterlichen Verfügungen zu verstehen sind, durch welche die Hauptsache oder ein Nebenpunkt (sei es nun unbedingt oder bedingt endlich) entschieden wird [1]; wenn sodann ferner der §. 343 der B. P.-O. sagt, das Gericht habe zur Fällung des Urtheils zu schreiten, sobald der Rechtsstreit zur Entscheidung reif sei, so kann es nicht wohl zweifelhaft sein, daß, wenn es im §. 346 der B. P.-O. heißt: „Ist ein . . . . Anspruch nur theilweise zur Entscheidung reif . . . .“, unter diesem „zur Entscheidung reif“ nur das Urtheil, d. h. die unbedingt oder bedingt endlich einen Theil des Rechtsstreits erledigende richterliche Verfügung verstanden werden darf.

Wo möglich noch bestimmter ergiebt sich aber dieses Resultat daraus, daß im weiteren Verlaufe des §. 346 der B. P.-O. in den Worten: „zu dieser (d. h. Entscheidung) reif“ und „desjenigen Urtheils, welches . . . . endlich oder durch Auferlegung eines nothwendigen Eides bedingt endlich entscheidet“ — dieser selbst die obige Erklärung des „zur Entscheidung reif“ giebt. [2])

2) Die fernere Annahme, daß die vorbehaltene Beschwerde in Betreff des einen Theil des Rechtsstreits vorab erledigenden Urtheils ausnahmsweise auch gegen eine, den noch nicht spruch-

---

[1]) Vergl. u. A. §. 219, Satz 1 und §. 395 I und III im Gegensatze zu §. 395 II und IV der B. P.-O.

[2]) v. Düring will unter den Worten „zur Entscheidung reif“ jede, eine eine sofortige Berufung zulassende Entscheidung, Ahrer dagegen nur die unbedingt endliche Entscheidung verstanden wissen.

reifen Theil des Rechtsstreits bezielende, sofortiger Berufung unterliegende Zwischenverfügung, unter der Voraussetzung eines sachlichen Zusammenhangs jener Beschwerde mit dieser Zwischenverfügung zu richten sei — entspricht freilich nicht den Worten des §. 346 der B. P.-O., indem diese nur des Urtheils Erwähnung thun, welches rücksichtlich des übrigen Theils des Rechtsstreits unbedingt oder bedingt endlich entscheidet; allein wenn im §. 346 der B. P.-O. auch nur von einem einzelnen Falle der vorbehaltenen Berufung die Rede ist, so wird eine Ergänzung der betreffenden Vorschrift im Sinne und Geiste desjenigen Proceßinstituts, zu welchem jener einzelne Fall zählt, um so zulässiger und gerechtfertigter erscheinen, als in der That die Berufung gegen die den übrigen Theil des Rechtsstreits unbedingt oder bedingt endlich erledigende richterliche Verfügung immer die weit greifende Regel, welche der Gesetzgeber vorzugsweise im Auge haben mußte, bildet.

3) Wenn der §. 346 der B. P.-O. sich der Worte bedient: „Im ersteren Falle beginnt die Berufungsfrist erst mit der Behändigung desjenigen Urtheils, welches rücksichtlich des ausgesetzten Theils . . . . endlich entscheidet“ und nicht, wie nahe zu liegen scheint, sagt: „Im ersteren Falle findet eine sofortige Berufung nicht statt“ oder auch: „Im ersteren Falle findet nur eine vorbehaltene Berufung statt“, so ist hieraus gegen die Annahme und den Gesichtspunkt der vorbehaltenen Berufung nichts zu entnehmen: denn wenn nach der Vorschrift des §. 397 der B. P.-O. unter gewissen Voraussetzungen die sofortige Geltendmachung an sich vorzubehaltender Beschwerden nachgelassen werden kann, insofern nicht das Gesetz ausnahmsweise das Gegentheil verordnet, und für den hier fraglichen Fall der vorbehaltenen Berufung irgend welche Gründe für dieses Ausnahmeverhältniß nicht sprechen, vielmehr sehr gewichtige Momente den Eintritt der Regel erheischen, so liegt die Annahme sehr nahe, daß der Gesetzgeber die letztgedachten oder ihnen ähnliche Ausdrücke vermied, weil sie auf das Ausnahmeverhältniß hindeuten.

4) Die richtige, mit den allgemeinen Grundsätzen im Einklange stehende Ansicht über die Bedeutung des §. 346 der B. P.-O. würde mit Rücksicht auf die systematische Stellung dieser gesetzlichen Vorschrift ohne allen Grund angegriffen werden.

Der §. 346 der B. P.=O. steht im völlig tadellosen und einzig richtigen systematischen Zusammenhange. An den die Lehre vom Urtheile einleitenden §. 343: „Sobald der Rechtsstreit zur Entscheidung reif ist, hat das Gericht ungesäumt zur Urtheilsfällung zu schreiten" — schließen sich durchaus entsprechend im §. 346 Vorschriften für den Fall, daß der Rechtsstreit nur theilweise zur Entscheidung reif ist. Ja! dieser systematische Zusammenhang ist so natürlich, daß in einer großen Anzahl uns vorliegender, theilweise gar nicht zur Veröffentlichung gelangter legislativer Arbeiten den Vorschriften des §. 346 der B. P.=O. gleiche oder doch sehr ähnliche Vorschriften durchweg in demselben systematischen Zusammenhange sich finden.

Andererseits würde es nur als erheblicher Verstoß gegen systematische Anordnung und als zur Verdunkelung der Verhältnisse gereichend angesehen werden können, wenn der hier fraglichen Vorschrift im Zusammenhange mit den Vorschriften der §§. 394—399 der B. P.=O. über sofortige und vorbehaltene Berufung gedacht worden wäre: denn wenn von den einzelnen Fällen der vorbehaltenen Berufung in den gedachten Paragraphen überall nicht die Rede ist, diese sich vielmehr zerstreut in der bürgerlichen Proceßordnung im materiellen Zusammenhange mit der Hauptlehre finden, so würde die besondere Hervorhebung des hier fraglichen Falls der vorbehaltenen Berufung — welche von dem Falle des §. 398 der B. P.=O. offensichtlich sehr verschieden ist — sehr leicht, ja fast nothwendig zu der Annahme führen müssen, daß ein ganz unter den allgemeinen Grundsätzen stehendes Verhältniß abweichend habe geregelt werden sollen.

Der §. 346 der B. P.=O. trifft im ersten Satze für den Fall Bestimmungen, daß ein und derselbe Anspruch nur theilweise zur Entscheidung reif ist, sei es in quantitativer Beziehung auf einzelne Theile desselben oder der Nebenforderungen, sei es hinsichtlich der zur Begründung oder Entkräftung dieses Anspruchs oder dessen Nebenforderungen benutzten verschiedenen Angriffs= oder Vertheidigungsmittel — und bestimmt sodann im zweiten Satze, daß die getroffenen Bestimmungen auch dann, wenn es sich um verschiedene, von einander unabhängige Ansprüche handle, analoge Anwendung finden sollen.

Wie hiernach der Fall der objectiven Klagenhäufung unstreitig durch die Bestimmungen des §. 346 der B. P.=O. getroffen wird, so dürfte ein Gleiches auch für die Fälle der principalen und eventuellen Klage, der Klage und Wiederklage und der mehreren oder gegen mehrere Streitgenossen zustehenden Ansprüche zu behaupten sein.[1]) Der Grund, welcher für die Bestimmungen des §. 346 der B. P.=O. überhaupt spricht, greift mit gleichem Gewichte für die letztgedachten Verhältnisse Platz.[2]) Auch dürften die Worte des §. 346 überall keine Schwierigkeiten bereiten. Daß es sich bei dem Verhältnisse der principalen und eventuellen Klage durchweg oder auch nur der Regel nach um verschiedene, von einander unabhängige Ansprüche handelt, wird man wohl nicht behaupten können; insoweit dieses aber nicht der Fall, handelt es sich um verschiedene, einen und denselben Anspruch bezielende Angriffsmittel. Klage und Wiederklage können verschiedene, von einander unabhängige Ansprüche oder — im Falle materieller Connexität — einen und denselben Anspruch betreffen; im letzteren Falle stellt sich die Wiederklage als Vertheidigungsmittel gegen einen Anspruch dar, welchen die Klage als Angriffsmittel verfolgt. Beim Verhältnisse mehrerer Streitgenossen (§§. 33, 34 der B. P.=O.) wird es sich je nach der Verschiedenheit des materiellen Rechtsverhältnisses entweder um einen und denselben Anspruch und einzelne Theile desselben handeln, so daß der erste Satz des §. 346 der B. P.=O. zur Anwendung kommt, oder um verschiedene von einander unabhängige Ansprüche, so daß die Bestimmung des zweiten Satzes des vorgedachten Paragraphen Platz greift. — Ein näheres Eingehen auf diese Verschiedenheiten wird jedoch für erforderlich nicht erachtet werden können, da es ohne alle praktische Bedeutung ist, ob der erste oder zweite Satz des §. 346 der B. P.=O. zur Anwendung kommt.[3])

---

[1]) In dem Resultate, wenngleich nicht in dessen Begründung, sind einverstanden v. Düring und Ayrer.

[2]) Vergl. besonders v. Düring a. a. O. S. 289 ff.

[3]) Der §. 346 der B. P.=O. hat zu der ferneren praktisch sehr wichtigen Streitfrage geführt, ob die Parteien verpflichtet oder nur berechtigt seien, die Berufung wider den einen Theil des Urtheils nach derjenigen wider den andern Theil zu suspendiren. — Die Ansicht, daß der §. 346 gar nicht die

V. Erhebung der Berufung.

§. 12.

Die Berufung wird durch die vor Ablauf der Berufungsfrist bewirkte Behändigung der Berufungsanträge erhoben.

Wir gedenken die in diesem Satze enthaltenen drei, einer näheren Erläuterung bedürftigen Momente, die Berufungsanträge, die Behändigung selbst und die Berufungsfrist in den §§. 13—19 zu behandeln, haben jedoch zuvor der Streitfrage zu gedenken, ob die Berufung erhoben werde durch Behändigung der Berufungsanträge oder durch Niederlegung derselben auf der Gerichtsschreiberei.

Daß diese letztere Ansicht in der ersten Zeit nach dem Inslebentreten der bürgerlichen Proceßordnung auftauchen konnte, ist ebenso erklärlich, als daß sie in dem Gebiete der praktischen Rechtspflege sehr schnell wiederum entschwunden ist; mit Bestimmtheit wird behauptet werden dürfen, daß kein Berufungsgericht dieselbe noch jetzt theilt. Bei dieser ephemeren Beschaffenheit der Streitfrage würde eine ausführliche Widerlegung derselben zur Zeit schwerlich sich rechtfertigen lassen. [1])

Die Regierungsmotive bemerken zum §. 405 der B. P.-O. klar und bestimmt: „Die Berufung wird erhoben, wie die Klage, durch Behändigung der desfallsigen Anträge an den Gegner,"

Zulässigkeit der sofortigen Berufung gegen die einen Theil des Rechtsstreits vorab unbedingt oder bedingt endlich erledigende Verfügung betreffe, steht mit der obigen Auffassung im grundsätzlichen Widerspruche. Aber auch wenn man im §. 346 den Fall einer vorbehaltenen Berufung nicht findet, sondern eine sofortige aber suspendirte Berufung, ist die Ansicht schwerlich zu rechtfertigen und stimmen hierin auch v. Düring und Ayrer a. a. O. überein. Eine nähere Ausführung dieser Streitfrage enthält außerdem Leonhardt Magazin V, S. 99—104.

[1]) Eine sehr gründliche und ausführliche Erörterung dieser Streitfrage hat v. Bobers im Magazin III, S. 110 ff. gegeben. Wir können jedoch der Ansicht, daß nach den allgemeinen Grundsätzen der B. P.-O. die Erhebung der Berufung in der mündlichen Verhandlung der Berufung zu finden sein würde, ebensowenig als der Behauptung beitreten, daß im früheren schriftlichen Verfahren die Erhebung der Klage — im rechtlichen Sinne des Worts — in der Überreichung der Klagschrift beim Gerichte gelegen habe. — Vergl. außerdem Ayrer Berufung §. 20.

und ferner: „Die Berufungsanträge müssen dem Gegner binnen einer bestimmten Frist, welche der §. 401 der Verschiedenheit der Verhältnisse entsprechend festsetzt, behändigt werden."

Das Gesetz selbst (§. 405) sagt aber: „Berufungen werden wie Klagen nach Vorschrift der §§. 184 ff. erhoben." Wenngleich nun auch in den §§. 184 ff. der B. P.=O. nicht ausdrücklich gesagt worden ist, daß Klagen durch Behändigung der Klaganträge an den Beklagten erhoben werden, so folgt dieses doch mit voller Bestimmtheit aus den Vorschriften des §. 190 der B. P.=O., insbesondere daraus, daß als Wirkung der Behändigung der Klaganträge die Rechtshängigkeit ausdrücklich ausgesprochen ist. Wie die Klage anhängig wird durch Behändigung der Klaganträge, so wird die Berufung anhängig durch Behändigung der Berufungsanträge.

Der §. 408 der B. P.=O. sagt: „Die vor Ablauf der Berufungsfrist bewirkte Behändigung der Berufungsanträge hemmt die Vollstreckung derjenigen Bestimmungen der beschwerenden Verfügung, gegen welche die Berufung gerichtet ist." Wenn nun nach allgemeinen Proceßgrundsätzen die Hemmung der Vollstreckbarkeit der durch Rechtsmittel angefochtenen Verfügung Folge der Erhebung dieser Rechtsmittel ist, so ergiebt sich daraus, daß die Erhebung der Berufung in der vor Ablauf der Berufungsfrist bewirkten Behändigung der Berufungsanträge gefunden werden muß. Wer aber jenen Vordersatz bezweifeln möchte, wird diese Gleichstellung doch nicht verkennen können, wenn er erwägt, daß der unmittelbar an den §. 408 der B. P.=O. sich anschließende erste Satz des §. 409 dahin lautet: „Die Vorschrift des §. 408 erleidet jedoch eine Ausnahme, wenn die beschwerende Verfügung selbst die vorläufige Vollstreckbarkeit ohne Rücksicht auf die zu erhebende Berufung verordnet hat." [1])

Es würde nicht schwer sein, durch das Heranziehen allgemeiner, das Verfahren vor den höheren Gerichten betreffender Grundsätze und die Beachtung von Analogien [2]) der richtigen Ansicht eine weitere Stütze zu verleihen, wenn dieses einer An=

[1]) Dieses wichtige Argument wird von Ayrer gar nicht beachtet, von v. Bobers aber nicht vollständig gewürdigt, indem er die Vorschrift des §. 409 S. 1 nicht heranzieht.

[2]) Vergl. insbesondere die §§. 160, 14 der B. P.=O.

sicht gegenüber, welche jedes haltbaren Grundes ermangelt, überhaupt für erforderlich erachtet werden könnte. Wenn mehrfach behauptet ist, daß insofern nicht die zeitige Niederlegung der Berufungsanträge auf der Gerichtsschreiberei, sondern die zeitige Behändigung derselben an die Gegenpartei die Erhebung der Berufung bedinge, die Innehaltung der Berufungsfrist nicht in der Macht des Berufungsklägers liege,[1]) so ist dieses eine Behauptung, welche für die Auslegung des Gesetzes jedenfalls ohne alle und jede Bedeutung bleiben muß, unserer Ansicht nach aber auch legislativer Berechtigung entbehrt.

Diesem Allem tritt nun aber noch hinzu, daß wenigstens im Verfahren vor den höheren Gerichten — welche allein Berufungsgerichte sind — die Niederlegung der Anträge, insbesondere der Klaganträge auf der Gerichtsschreiberei rein secundairer Bedeutung ist (§§. 143, 187 der B. P.-O.). Die lediglich auf die Landestheile des preußischen Rechts sich beziehende Vorschrift des §. 688, 2 der B. P.-O. bildet in dieser Beziehung eine, durch die Bestimmungen des preußischen allgemeinen Landrechts gebotene reine Anomalie.[2])

§. 13.

Die Erfordernisse der schriftlichen Berufungsanträge sind aus den Vorschriften der §§. 405, 184, 93 ff. der B. P.-O. zu entnehmen; sie sind den Berufungsanträgen theilweise eigen-

---

[1]) Böttcher Jur. Zeit. 1851. S. 243, 244.

[2]) Nach der Ayrer'schen Ausführung hätte man anzunehmen, daß eine zweite abweichende Ansicht existire, nach welcher die Erhebung der Berufung in der mündlichen Verhandlung der Berufungsanträge liege. Von einer solchen Ansicht haben wir nie gehört; jedenfalls können wir nicht für angemessen erachten, eine Ansicht näher zu beleuchten, welche ohne irgend welchen Anhalt in den allgemeinen Grundsätzen der bürgerlichen Proceßordnung über mündliches Verfahren oder in den hierauf sich beziehenden Regierungsmotiven — denn was Ayrer S. 64 in letzterem Betracht bemerkt, ist nur Redefigur —, als eine geradezu widersinnige bezeichnet werden darf, wenn man die Vorschriften der bürgerlichen Proceßordnung einerseits über die Dauer der Berufungsfrist (§. 401, besonders unter 2), andererseits über die Zeit, welche zwischen dem Verhandlungstermine und der Behändigung der Anträge liegen muß (§§. 407 bez. 189) vergleicht.

thümlich, theilweise mit den Klaganträgen bez. den Parteianträgen überhaupt gemeinsam.

Die Erfordernisse der schriftlichen Berufungsanträge sind aber im Einzelnen die folgenden:

1) Die Rubrik der Berufungsanträge muß enthalten: die genaue Bezeichnung der Parteien nach Namen, Stand, Wohnort und Proceßrolle, so wie des Anwalts des Berufungsklägers bez. des Berufungsbeklagten, insofern dieser zur Zeit der Erhebung der Berufung bereits einen Anwalt bei dem Berufungsgerichte hat;[1]) die Abtheilung des höheren Gerichts, zu dessen Zuständigkeit die zu erhebende Berufung gehört; den Streitgegenstand bez. dessen Werth und, falls dieser in einer bestimmten Geldsumme nicht besteht, diejenige Werthclasse, welche nach Ansicht des Berufungsklägers festzusetzen;[2]) die Zahl der Anlagen und deren Bezeichnung.

2) Die bestimmte Bezeichnung der einzelnen Beschwerden neben einer kurzen und gedrängten Angabe der denselben zum Grunde liegenden thatsächlichen Verhältnisse. Insoweit diese letzteren jedoch bereits in den schriftlichen Anträgen bez. dem Sitzungsprotocolle enthalten sind, genügt in den Berufungsanträgen die einfache Bezugnahme hierauf.

Ob eine einzelne Beschwerde den Charakter der vorbehaltenen Beschwerde an sich trägt, oder nicht, wird einen Unterschied nicht machen können; insbesondere wird für erforderlich nicht erachtet werden dürfen, daß eine vorbehaltene Beschwerde ausdrücklich als solche bezeichnet werde.[3])

Daß die einzelnen Beschwerden gesondert aufzuführen, versteht sich eben so sehr von selbst, als daß die schriftlichen Berufungsanträge weitere Auseinandersetzungen der thatsächlichen Verhältnisse und Rechtsausführungen nicht enthalten dürfen.

3) Die genaue Angabe der einzelnen neuen Thatsachen, so wie das Angebot der neuen Beweise, durch welche die bereits früher vorgebrachten oder die aufgestellten neuen Thatsachen dargethan werden sollen.

---

[1]) Vergl. §. 406 der B. P.=O.

[2]) §. 8 des Gesetzes, die Gebührentaxe in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten betreffend.

[3]) Schmidt Magazin IV, S. 335.

4) Die Schlußbitte, welche die beantragte Änderung der angegriffenen Verfügung erster Instanz bestimmt und genau anzugeben hat.

5) Die Aufforderung des Berufungsbeklagten, an dem vom Vorsitzenden des Gerichts festgesetzten Gerichtstage und zwar vertreten durch einen bei dem Berufungsgerichte angestellten Anwalt vor diesem zu erscheinen.

Außerdem sind Original und Abschriften der Berufungsanträge von dem Anwalte des Berufungsklägers zu unterzeichnen.

§. 14.

Der Behändigung der Berufungsanträge wird hier nur insofern zu gedenken sein, als die §§. 406, 407 der B. P.=O. hierauf sich beziehende besondere Vorschriften enthalten. Diese betreffen aber erstens die Frage, wem die Berufungsanträge zu behändigen? (§. 406), zweitens die Zeit der Behändigung (§. 407). [1])

I. Wenn man principiell zu Werke gehen will, so muß man sagen, daß der Regel nach die Berufungsanträge der Proceßpartei selbst zuzustellen seien. Dieser principiellen Auffassung folgen auch die Regierungsmotive zu den §§. 406, 407, indem sie bemerken: „Wie die Klaganträge, so sind auch die Berufungsanträge der Partei zuzustellen; die Ausnahmen, welche der §. 406 von diesem Satze gestattet, bezielen die Beschleunigung und Vereinfachung des Verfahrens (§. 407).“

Der §. 406 schreibt zwei Ausnahmen von der Regel vor, welche einen sehr verschiedenen Gehalt haben: [2])

---

[1]) Daß es einerlei sei, ob die vom Anwalte des Berufungsklägers unterschriebenen Berufungsanträge auf unmittelbare Veranlassung dieses Anwalts, des Bevollmächtigten erster Instanz oder der Partei selbst u. s. w. vom Gerichtsvogte behändigt werden, folgt bestimmt aus allgemeinen Grundsätzen; billigerweise sollten am allerwenigsten Anwälte bezweifeln, daß der §. 67 der B. P.=O. sie nicht hindere, in ihrem außergerichtlichen Geschäftsbetriebe mit den Gerichtsvögten sich fremder Hülfe zu bedienen. — Vergl. besonders Schmidt Magazin IV, S. 323, 324.

[2]) Der §. 406 der B. P.=O. hatte im ersten Abdrucke des Regierungsentwurfs folgende Fassung:

„Die Berufungsanträge sind, falls der Gegner bei dem Berufungsgerichte bereits einen Anwalt hat, diesem, falls dieses nicht so ist und

1) „Die Berufungsanträge sind, falls der Gegner bei dem Berufungsgerichte bereits einen Anwalt hat, diesem zu behändigen." — Diese Ausnahme enthält überall keine Anomalie; sie steht vielmehr mit den allgemeinen Grundsätzen, insbesondere mit den Vorschriften des §. 67 der B. P.-O. über die Stellung der Anwälte im Proceßverfahren der höheren Gerichte — und um ein Proceßverfahren vor den höheren Gerichten handelt es sich bei der Berufung stets — im vollsten Einklange. Um so weniger möchte es deshalb gerechtfertigt erscheinen, die dispositiven Worte „die Berufungsanträge *sind* zu behändigen", zumal bei dem Gegensatze, in welchem die zweite Ausnahme steht und ausgedrückt ist, dahin zu verstehen, daß es dem Berufungskläger freistehe, die Berufungsanträge entweder der Gegenpartei selbst oder dem Anwalte behändigen zu lassen. [1])

Ob übrigens der Gegner bei dem Berufungsgerichte bereits einen Anwalt habe, oder nicht, ist eine *Thatfrage*, bei deren Beantwortung im einzelnen Falle jedoch die Vorschrift des §. 72 der B. P.-O., nach welcher die *allgemein* ausgestellte Vollmacht, insofern nicht einzelne Proceßhandlungen vom Vollmachtgeber ausdrücklich ausgenommen sind, für alle im Laufe des Rechtsstreits vorkommende Handlungen gilt — zu berücksichtigen sein wird. [2])

Demgemäß hat eine Partei bei dem Berufungsgerichte einen Anwalt nicht allein dann, wenn sie einen solchen entweder für die Berufungsinstanz überhaupt oder für eine bestimmte Berufung bestellt hat, sondern auch wenn sie einer, sie in erster Instanz vertretenden Person, *welche bei dem betreffenden Berufungsgerichte als Anwalt aufzutreten* berechtigt

---

der Gegner außerhalb des Königreichs wohnt oder die Berufung unter die Vorschrift des §. 401, 2 fällt, dem die Partei in erster Instanz vertretenden Anwalte oder sonstigen Proceßbevollmächtigten, in allen übrigen Fällen der Partei zuzustellen."

[1]) Eine abweichende Ansicht findet sich, jedoch ohne nähere Begründung, in einem Urtheile des combinirten Cassationssenats zu Celle vom 18. Novbr. 1854 (Wietfeld c. Schmidt) ausgesprochen (Magazin V, S. 163).

[2]) Neben dieser ebenso einfachen als natürlichen Auffassung bestehen die Schwierigkeiten überall nicht, welche Ayrer Berufung §. 29 häuft, aber nicht beseitigt.

ist, eine allgemein lautende Vollmacht ertheilt hat. Unter dieser Voraussetzung ist in amtsgerichtlichen Sachen der Proceßbevollmächtigte der ersten Instanz zugleich Bevollmächtigter für die Berufungsinstanz, wenn derselbe zur Anwaltschaft bei dem vorgesetzten Obergerichte berechtigt ist, imgleichen in den von den kleinen Senaten der großen Obergerichte anhängigen Sachen der Anwalt der ersten Instanz zugleich Anwalt für die Berufungsinstanz. Anders verhält es sich dagegen für die bei den großen Senaten der Obergerichte bez. bei den kleinen Senaten der kleinen Obergerichte anhängigen Sachen: denn die Anwaltschaft bei dem Oberappellationsgerichte schließt die Anwaltschaft bei den Obergerichten bez. die Anwaltschaft bei dem einen Obergerichte die Anwaltschaft bei einem anderen Obergerichte aus.

2) Der Berufungskläger ist berechtigt, nicht aber verpflichtet, die Berufungsanträge dem Proceßbevollmächtigten der ersten Instanz, in obergerichtlichen Sachen also dem bestellten Anwalte, in amtsgerichtlichen Sachen dem bestellten sonstigen Bevollmächtigten, gleichviel ob dieser zur Anwaltschaft bei dem vorgesetzten Obergerichte berechtigt ist oder nicht, behändigen zu lassen, wenn

entweder die Partei außerhalb des Königreichs wohnt,
oder es sich nur um eine Berufung gegen Verfügungen handelt, welche unter die Nr. 3, 4 und, insoweit dieselben nicht das Hauptverfahren bezielen, unter die Nr. 2 des §. 395 der B. P.-O. fallen.

Diese zweite Ausnahme selbst ist klar; sie ist anomaler Natur, besteht principiell unabhängig neben der ersteren, wird jedoch nach der Sachlage des concreten Falls häufiger durch die erstere absorbirt erscheinen.

Eine dritte Ausnahme darf nicht für den Fall angenommen werden, wenn eine Partei sich damit einverstanden erklärt hat, daß die Berufungsanträge, welche nach dem Gesetze, insofern sie nicht dem Anwalte für die Berufungsinstanz zu behändigen, ihr selbst zu behändigen sind, dem Proceßbevollmächtigten der ersten Instanz oder einer beliebigen dritten Person zuzustellen seien. Von selbst versteht es sich, daß hierdurch der Berufungskläger nicht verpflichtet werden kann, der gegenseitigen Erklärung gemäß die Behändigung beschaffen zu lassen; allein man muß noch

weiter gehen und behaupten, daß eine solche Erklärung ohne rechtlichen Effect bleiben müsse, da der §. 406 der B. P.=O. die Ordnung des Verfahrens bezielt, der Gesichtspunkt des Verzichts nicht Platz greifen kann und die, lediglich die Behändigung richterlicher Verfügung betreffende Vorschrift des §. 141, S. 2 der B. P.=O. schon wegen ihrer anomalen Natur nicht zur Analogie gezogen werden darf. Jedenfalls würde in einer, den Vorschriften des §. 141 der B. P.=O. entsprechenden Erklärung die hier fragliche Erklärung nicht enthalten sein, wie es sich denn auch ganz von selbst versteht, daß der hier zur Erwägung gezogene Punkt anders zu entscheiden, wenn der Proceßbevollmächtigte der ersten Instanz zur Anwaltschaft bei dem Berufungsgerichte berechtigt ist; in diesem Falle ist jedoch jene Erklärung überflüssig.

II. Die Behändigung der Berufungsanträge muß so zeitig geschehen, daß zwischen ihr und dem Verhandlungstermine ein Zeitraum von drei Wochen bez. einem Monate liegt, je nachdem die Person, welcher die Berufungsanträge behändigt werden, innerhalb oder außerhalb des Königreichs wohnt. In dieser Weise werden ohne Bedenken die Worte des §. 407 der B. P.=O.: „welcher nach §. 406 die Berufungsanträge zu behändigen sind" zu verstehen sein, welche durch die veränderte Fassung des §. 406 an ihrer früheren Correctheit eingebüßt haben.

§. 15.

Einen reichlicheren Stoff für theilweise sehr wichtige und schwierige Untersuchungen bietet die Lehre von der **Berufungsfrist**. Wir haben hier zu betrachten: die **Dauer** (§. 15), die **Berechnung** (§§. 16—18), die **Unterbrechung**, die **Erstreckung** und **Versäumung** der Berufungsfrist (§. 19).

I. Die Bestimmung der **Dauer** der Berufungsfrist bietet keine Schwierigkeiten dar. Nach der allgemeinen Vorschrift des §. 401 der B. P.=O. ist dieselbe mit Rücksicht auf die Verschiedenheit einerseits der richterlichen Verfügungen, andererseits der Gerichte, welche jene erließen, verschieden bestimmt. Sie beträgt

1) in den Fällen des §. 395 unter 1 und 2, insoweit die Verfügung das Hauptverfahren betrifft,

a. gegen Verfügungen der Obergerichte **zwei** Monate;

b. gegen Verfügungen der Amtsgerichte einen Monat;

2) in allen übrigen Fällen:

a. gegen Verfügungen der Obergerichte drei Wochen,

b. gegen Verfügungen der Amtsgerichte zwei Wochen.

Neben dieser allgemeinen finden sich jedoch noch besondere Vorschriften in der bürgerlichen Proceßordnung, wodurch jene wenigstens theilweise beschränkt wird. Es sind die folgenden:

1) Gegen alle in der Zwangsvollstreckungsinstanz zwischen Gläubiger und Schuldner — sei es von Obergerichten oder Amtsgerichten — gesprochenen Urtheile beträgt die Berufungsfrist zwei Wochen (§. 580).

2) Auch gegen die von Obergerichten abgegebenen Urtheile über die wider Prioritätserkenntnisse gerichteten Anträge auf Einräumung besserer Priorität beträgt die Berufungsfrist einen Monat (§. 641).

3) Die Dauer der Berufungsfrist gegen von Amts- oder Obergerichten abgegebene Verfügungen über Anträge von Gläubigern wegen besserer Stellung in Vertheilungsurtheilen beträgt zwei Wochen (§. 600).

4) Von gleicher Dauer ist die Frist für Berufungen gegen von Amts- oder Obergerichten abgegebene Urtheile über gegen Vertheilungspläne vorgebrachte Erinnerungen (§. 652).

5) Gegen das, lediglich von Amtsgerichten abzugebende Concurseröffnungs-Erkenntniß beträgt die Berufungsfrist zwei Wochen (§. 612).

§. 16.

II. Die Berechnung der Berufungsfrist steht unter den allgemeinen Vorschriften des §. 146 der B. P.-O., so daß also über den Endpunkt der Berufungsfrist ein Zweifel nicht bestehen kann.

In Betreff des Anfangspunkts der Berufungsfrist sagt der §. 401, S. 2 der B. P.-O.: dieselbe beginne ihren Lauf mit dem Tage der Behändigung bez. Verkündigung der richterlichen Verfügung nach Maßgabe der in den §§. 140, 197, 378 ertheilten Vorschriften.

Dieser Satz erleidet jedoch eine Modification in Folge der Bestimmung des §. 148 der B. P.-O., indem hiernach jede

Proceßfrist, welche mit der Behändigung einer richterlichen Verfügung ihren Lauf beginnt, also auch die Berufungsfrist, von diesem Zeitpunkte an auch gegen die Partei, auf deren Betreiben die Behändigung erfolgt, laufen soll.

Eine zweite Modification würde der hier fragliche Satz erleiden, wenn für den Fall, daß eine richterliche Verfügung innerhalb der Ferien behändigt oder verkündet würde, die Berufungsfrist ihren Lauf erst mit dem ersten Tage nach den Ferien begänne. Allein diese Annahme dürfte ohne Grund sein. [1]) Aus allgemeinen Grundsätzen würde sie nur dann sich ergeben, wenn, was offenbar unzulässig, behauptet werden könnte, daß die Verkündigung bez. Behändigung eines Urtheils innerhalb der Ferien mit rechtlicher Wirkung nicht vor sich gehen könne. Specielle Gründe für die Annahme finden sich nicht in der bürgerlichen Proceßordnung, vielmehr ergiebt der §. 150 insofern das Gegentheil, als er bestimmt, daß der Lauf der Fristen mit Ausnahme der Rechtsmittel- und Einspruchsfrist durch die Ferien unterbrochen und folgeweise der in die Ferien fallende Anfangspunkt der Fristen auf den ersten Tag nach den Ferien hinausgerückt werde. Schon daraus allein, daß der Lauf der Berufungsfrist durch die Ferien nicht unterbrochen werden soll, folgt mit Consequenz, daß die Ferien den Beginn des Laufs der Berufungsfrist nicht hindern können.

Was sodann aber den allgemeinen Satz selbst anbelangt, so beginnt die Berufungsfrist von der Verkündigung der richterlichen Verfügung — abgesehen von der speciellen Vorschrift des §. 197 der B. P.-O. [2]) — nur unter der doppelten Voraussetzung, daß es sich um ein amtsgerichtliches Verfahren handelt und die Partei in Person bei der Verkündigung der richterlichen Verfügung gegenwärtig war; in diesem Falle soll nach

---

[1]) A. M. Ayrer Berufung §. 32 a. E.

[2]) Diese specielle Vorschrift betrifft die, das abgesondert verhandelte verzögerliche Vorbringen zurückweisende richterliche Verfügung. Rücksichtlich ihrer greift nicht der §. 140, sondern der §. 141, S. 1 der B. P.-O. Platz, so daß also die Berufungsfrist von der Verkündigung dieser Verfügung an läuft, wenn dieselbe im obergerichtlichen Verfahren in Gegenwart des Anwalts, im amtsgerichtlichen Verfahren in Gegenwart der Partei oder ihres Bevollmächtigten erfolgte.

ausdrücklicher Vorschrift des §. 378 der B. P.=O. die Verkündigung die Stelle der persönlichen Behändigung vertreten.

Die Behändigung, insoweit sie überhaupt erforderlich, muß an die Partei selbst in Person oder nach Vorschrift der §. 122 ff. der B. P.=O. erfolgen, es wäre denn, daß es sich um eine das abgesondert verhandelte verzögerliche Vorbringen zurückweisende richterliche Verfügung handelte (§. 197) oder daß die Partei auf persönliche Behändigung verzichtet hätte.

Im Verfahren vor den höheren Gerichten bedarf es einer zweiten Zustellung an den Anwalt, wenn dieser bei der Urtheilsverkündigung nicht gegenwärtig war. In diesem Falle muß die Zustellung an den Anwalt der Zustellung an die Partei selbst voraufgehen und hat der Gerichtsvogt bei der letzteren der voraufgegangenen Behändigung an den Anwalt bez. der Anwesenheit des Anwalts bei der Verkündigung Erwähnung zu thun und dieses zu beurkunden.

Eine den obigen Vorschriften entsprechende Behändigung bestimmt den Anfangspunkt der Berufungsfrist.

Wir könnten die Untersuchung über die Berufungsfrist allenfalls hiermit schließen, glauben jedoch, daß es den Zwecken dieser Abhandlung entsprechen werde, wenn wir zwei die Behändigung der Urtheile und folgeweise die Erhebung der Berufung bezielende praktisch höchst wichtige Fragen in den §§. 17, 18 einer gesonderten Erörterung unterziehen.

§. 17.

Es ist mehrfach für zweifelhaft erachtet worden, ob der Lauf der Berufungsfrist gegen ein Urtheil, welches der Partei selbst zu behändigen ist und nach Vorschrift des §. 124 der B. P.=O. dieser zugestellt wird, von der Zeit dieser Zustellung oder von der Behändigung an die Staatsanwaltschaft beginne? Wir sind der Ansicht, daß dieser letztere Zeitpunkt der entscheidende sei.

Der §. 401 der B. P.=O. sagt eben so deutlich, daß die Berufungsfrist mit dem Tage der Behändigung ihren Lauf beginne, als der §. 124 der B. P.=O., daß die Behändigung an die Staatsanwaltschaft erfolge.

Bei der Bearbeitung der bürgerlichen Proceßordnung konnte nicht wohl verkannt werden und ist auch nicht verkannt worden,

daß dieser Punkt leicht Zweifel erregen könne. Um diese Zweifel von vorn herein abzuschneiden, wurden im Laufe der Zeit im Entwurfe des Gesetzes zwei Änderungen vorgenommen.

Während der Entwurf die Worte „Behändigung" und „Zustellung" gleichbedeutend gebrauchte, wie dieses auch an einigen Stellen des Gesetzes noch jetzt der Fall ist, wurden diese Worte im §. 124, wie auch in den §§. 122, 123, welche ähnliche Verhältnisse bezielen, in Gegensatz gebracht. Die Worte „Zustellung an einen der Gemeindevorsteher" im Schlußsatze des §. 122, „Zustellung an die Staatsanwaltschaft" im §. 124 wurden mit den Worten „Behändigung an einen ꝛc.," „Behändigung an die Staatsanwaltschaft" vertauscht. — Die zweite Änderung bestand aber darin, daß man, um ja recht sicher zu gehen, im §. 124 hinter „erfolgt" die Worte „für diese" einschob. — Man mochte sich der Hoffnung hingeben, daß die Behändigung an die Staatsanwaltschaft als das entscheidende Moment klar und bestimmt hervortreten werde, wenn das Gesetz sage: die Behändigung solle für die Partei an die Staatsanwaltschaft erfolgen, welche ihrerseits für die Zustellung Sorge zu tragen habe. Wenn diese Hoffnung dennoch nicht in Erfüllung gegangen ist, so beweiset dieses von Neuem, wie außerordentlich schwierig, ja fast unmöglich es ist, eine gesetzliche Vorschrift, welche den gängigen Begriffen widerstreitet, vor Zweifeln zu bewahren.

Daß die Zweifel im vorliegenden Falle vielfach in dunkeln Gefühlen von Gefährdung der Partei, ohne Berücksichtigung der Vorschriften der bürgerlichen Proceßordnung über Einspruch, insbesondere den außerordentlichen Einspruch, ihren letzten Grund finden, möchten wir annehmen, ohne jedoch hierauf näher einzugehen. Dagegen wollen wir nicht unerwähnt lassen, daß uns bei mündlicher Besprechung von sehr urtheilsfähiger Seite zwei Bedenken mitgetheilt worden sind, welche auf den ersten Blick von großem Gewichte zu sein scheinen.

Die Bedeutung des außerordentlichen Einspruchs nicht verkennend, glaubte man doch, daß die hier vertheidigte Ansicht die Partei der Gefahr aussetze, ungehört verurtheilt zu werden, weil der außerordentliche Einspruch auf die Zeit von zwei Jahren seit der Behändigung beschränkt und der Fall denkbar sei, daß während der gedachten Zeit die Zustellung nicht bewirkt werde.

Man erblickte hierin eine Absurdität, legte jedoch, indem man anerkannte, daß durch Nichtigkeitsbeschwerde Abhülfe zu gewähren sein werde, auf dieses erste Bedenken ein weit geringeres Gewicht als auf ein zweites. Dieses zweite Bedenken fand man aber in dem Verhältnisse der Vorschriften des §. 125 zu denen des §. 124 der B. P.-O., indem man annahm, daß die Schlußvorschrift des §. 125 mit der hier vertheidigten Ansicht in einzelnen Fällen in einen unauflöslichen Widerspruch treten müsse.

Beide Bedenken dürften sich jedoch durch die nachfolgende Betrachtung in sehr einfacher Weise erledigen. — Die vom Gesetze angedroheten Nachtheile können vom Gerichte nur unter der Voraussetzung erkannt werden, daß die thatsächlichen Voraussetzungen derselben feststehen. Nach den Vorschriften der §§. 124 bis 126 der B. P.-O. erfolgen Behändigungen an die Staatsanwaltschaft (in amtsgerichtlichen Sachen an den Amtsrichter) einmal wenn es sich um Zustellung an die Partei durch die Behörden des Auslandes, zweitens wenn es sich um Zustellung an die Partei durch öffentliche Blätter handelt. Im ersteren Falle gilt die Behändigung als vollzogen mit der Übergabe des Schriftstückes an die Staatsanwaltschaft, im letzteren Falle dagegen, wenigstens gegenüber der Partei, für welche das zuzustellende Schriftstück bestimmt ist, erst mit dem Tage, welchen das öffentliche Blatt, in welches jenes zuerst eingerückt wurde, trägt. Bei dieser Verschiedenheit ist es selbstverständlich, daß die Fortsetzung des Verfahrens, welche dadurch bedingt wird, daß seit vollzogener Behändigung eine bestimmte Zeit verstrichen ist, erst dann eintreten darf, wenn nachgewiesen ist, daß das der Staatsanwaltschaft behändigte Schriftstück durch die Behörden des Auslandes zugestellt worden sei, daß also die factische Voraussetzung vorliege, unter welcher die Behändigung an die Staatsanwaltschaft als wirkliche Behändigung gelten soll.

Gegen den im Verhandlungstermine ausbleibenden Ausländer kann nicht schon dann auf Ungehorsam erkannt werden, wenn nachgewiesen wird, daß die Behändigung der Klaganträge für ihn der Staatsanwaltschaft bez. dem Amtsrichter erfolgt sei, vielmehr wird ferner die Zustellung durch die Behörden des Auslandes, als die factische Voraussetzung, unter welcher jene Behändigung als vollzogen gilt, dargethan werden müssen.

Ist gegen einen Ausländer ein Ungehorsamsurtheil ordnungsmäßig erwirkt, welches in Person zugestellt werden muß, so darf der Gerichtsschreiber das Ungehorsamsurtheil nicht schon dann mit der Vollstreckungsclausel versehen, wenn ihm nachgewiesen wird, daß dasselbe der Staatsanwaltschaft bez. dem Amtsrichter behändigt und seit diesem Zeitpunkte die regelmäßige Einspruchsfrist verstrichen sei. Wird ihm daneben aber dargethan, daß das Ungehorsamsurtheil durch die Behörden des Auslandes zugestellt sei, so hat er die Vollstreckungsclausel zu ertheilen, sobald seit der Behändigung an die Staatsanwaltschaft bez. den Amtsrichter, nicht etwa seit der Zustellung an die Partei selbst, die Frist des ordentlichen Einspruchs verstrichen ist (§§. 528, 529 der B. P.=O.).

In gleicher Weise verhält es sich rücksichtlich des der Berufung unterliegenden, nach contradictorischer Verhandlung ergangenen Urtheils, insofern dasselbe nicht ausnahmsweise für vorläufig vollstreckbar erklärt ist. Der Gerichtsschreiber hat hier die Vollstreckungsclausel nur unter der Voraussetzung zu ertheilen, daß ihm die Zustellung des der Staatsanwaltschaft bez. dem Amtsrichter behändigten Urtheils durch die Behörden des Auslandes nachgewiesen wird, dann aber sobald nur seit der Zeit der Behändigung an die Staatsanwaltschaft bez. den Amtsrichter die Berufungsfrist verstrichen ist (§§. 528, 529 der B. P.=O.).

Was im Obigen für das Gericht bez. den Gerichtsschreiber erörtert ist, gilt auch für den Gerichtsvogt, wenn er auf Grund eines erlassenen Zahlungsgebots (§§. 535 ff. der B. P.=O.) mit der Zwangsvollstreckung fortfahren will.

Bei dieser den allgemeinen processualischen Grundsätzen völlig entsprechenden Auffassung der Sache wird weder von einer wirklichen Gefährdung der Rechte der Parteien, noch von einem Widerspruche zwischen den Vorschriften der §§. 124, 125 die Rede sein können.

§. 18.

In der neuesten Zeit ist die Behauptung aufgestellt und zu vertheidigen gesucht:

daß die im ersten Satze des §. 140 der B. P.=O. erwähnten — insbesondere also auch die sofortiger Berufung

unterliegenden — richterlichen Verfügungen der Behändigung überhaupt nicht bedürften, wenn die Partei auf persönliche Behändigung verzichtet habe und deren Anwalt bei Verkündigung der betreffenden Verfügungen gegenwärtig gewesen sei. [1])

Es wird anerkannt und mußte anerkannt werden, daß diese Ansicht den Worten des §. 141 der B. P.=O. „welchenfalls dann .... zu behändigen sind" geradezu widerspreche, dagegen aber vorgebracht, daß Präcision im Ausdrucke leider weder hier, noch an manchen andern Stellen der Hauptvorzug sei, welchen die bürgerliche Proceßordnung für sich in Anspruch nehmen könne. Wir glauben dieses Vorbringen als eine Redefigur bezeichnen zu dürfen, welche dadurch, daß sie recht häufig und stets ohne Begründung wiederkehrt, an Bedeutung eher verlieren, als gewinnen möchte.

Wir erkennen an, daß der Ausleger berechtigt sei, die Worte einer gesetzlichen Vorschrift zu beschränken, wenn überwiegende sachliche Gründe dieses erheischen; daß im vorliegenden Falle dieses sich nicht so verhalte, vielmehr umgekehrt sachliche Gründe für den Wortverstand sprechen, gedenken wir durch einfache Darlegung der einzelnen Bestimmungen der §§. 140, 141 der B. P.=O. und der hiermit im Zusammenhange stehenden sonstigen Vorschriften des Gesetzes darzuthun, indem wir daneben die Deductionen des in der Note erwähnten Aufsatzes, insoweit sie uns klar geworden sind, was freilich nicht durchweg der Fall, berücksichtigen werden.

Während der code de procédure und mehrere der ihm nachgebildeten Proceßordnungen von dem Grundsatze ausgehen, daß die Wirksamkeit richterlicher Verfügungen durch Behändigung bedingt werde, befolgt die bürgerliche Proceßordnung als Regel den Grundsatz, daß Kenntnißnahme der richterlichen Verfügungen genüge, so daß also nur diejenigen richterlichen Verfügungen der Behändigung bedürfen, welche in Abwesenheit des gegnerischen

---

[1]) Ayrer Berufung Beil. III.

Anwalts (im Verfahren vor den höheren Gerichten), des Gegners oder dessen Bevollmächtigten (im Verfahren vor den Amtsgerichten) erlassen werden. [1])

Diese Regel erleidet jedoch eine Ausnahme, so daß die Behändigung für das in Wirksamkeit Treten richterlicher Verfügungen erforderlich wird rücksichtlich derjenigen richterlichen Verfügungen, welche dem Einspruche oder sofortiger Berufung unterliegen [2]) oder hiervon abgesehen eine endliche oder einstweilige Verurtheilung oder die Auflage einer sonstigen persönlichen Leistung enthalten. [3])

Die erwähnte Ausnahme steht im engsten Zusammenhange mit anderweiten wichtigen Vorschriften der B. P.=O. und wird durch diese als eine nothwendige geboten. Wir heben hier nur die Bestimmungen der §§. 158, 401 hervor, nach welchen der Lauf der Einspruchs= bez. der Berufungsfrist bedingt ist durch die Behändigung der dem Einspruche bez. der Berufung unterliegenden richterlichen Verfügung.

Wenn im §. 401 der B. P.=O. neben der Behändigung auch der Verkündigung des Urtheils als den Beginn der Berufungsfrist bestimmend gedacht wird, so steht das wiederum im genauesten Zusammenhange mit der die Vorschrift des ersten Satzes des §. 140 der B. P.=O. modificirenden Vorschrift des §. 378 der B. P.=O., nach welcher in amtsgerichtlichen Sachen die Verkündigung des Urtheils in Gegenwart der Partei die Stelle der Behändigung vertreten soll.

Insofern die Behändigung richterlicher Verfügungen nach dem Obigen unbedingt erforderlich ist, um denselben Wirksamkeit zu verschaffen, soll sie an die Partei selbst erfolgen. Dieses ist im ersten Satze des §. 140 deutlich ausgesprochen und wenn hinzugesetzt wird, daß die Behändigung an die Partei selbst erfolgen müsse, auch wenn dieselbe bei der Verkündigung der Verfügung gegenwärtig gewesen, so geht daraus hervor, welches Gewicht in diesen Fällen auf die Behändigung an

[1]) §. 141, S. 1 und Regierungsmotive.

[2]) Wegen der besonderen Vorschrift des §. 197 der B. P.=O. vergl. §. 16 Note 2.

[3]) §. 140, S. 2 der B. P.=O.

sich oder richtiger darauf gelegt wird, daß Gelegenheit gegeben werde, durch Ansicht der schriftlich redigirten Verfügung Kenntniß von deren Inhalt zu nehmen.

Wenn Behändigung an die Partei selbst vorgeschrieben ist, so liegt darin eine Abweichung von den allgemeinen Proceßgrundsätzen über Stellvertretung; es genügt, dieses hervorzuheben, indem es hier von Interesse nicht erscheint, die Gründe für diese Abweichung hervorzuheben und näherer Prüfung zu unterziehen.

Nach allgemeinen Proceßgrundsätzen würde es genügen, wenn die betreffende richterliche Verfügung einmal zugestellt würde. Nach der bürgerlichen Proceßordnung gilt dieses für das amtsgerichtliche Verfahren durchweg, für das obergerichtliche Verfahren gleichfalls, wenn der Anwalt bei der Verkündigung gegenwärtig war. War Letzteres dagegen nicht der Fall, so ist auch dem Anwalte die betreffende richterliche Verfügung zu behändigen. Diese Abweichung erklärt sich ganz einfach durch die wichtige selbständige Stellung, welche die bürgerliche Proceßordnung im Verfahren vor den höheren Gerichten dem Bevollmächtigten der Partei anweiset.

Wenn der zweite Satz des §. 141 der B. P.-O. fehlte, so würde es einem begründeten Zweifel nicht wohl unterliegen können, daß die Behändigung an die Partei selbst stets und ohne Rücksicht darauf, ob sie sich mit einer Behändigung an ihren Bevollmächtigten zufrieden erklärte, erfolgen müsse. Das folgt ebenso klar aus den deutlichen Worten des ersten Satzes des §. 140 als aus den Gründen, welche auf die Vorschrift persönlicher Behändigung führten. Sollte also der Willkür der Partei auf die Ausführung der fraglichen Vorschrift ein Einfluß eingeräumt werden, so mußte dieses ausdrücklich ausgesprochen werden, wie es denn auch im §. 141, S. 2 geschehen ist. [1])

Fragt man ferner, was nach allgemeinen Proceßgrundsätzen folgen würde, wenn im §. 141 der B. P.-O. die Worte

---

[1]) Ayrer behauptet freilich, um für eine, wie uns scheint, sehr incorrecte Argumentation die Grundlage zu gewinnen, das Gegentheil, weil man, wenn nicht ein Anderes ausdrücklich vorgeschrieben sei, wie auf jeden reinen Vortheil, so auch auf die Rechtswohlthaten des §. 140 verzichten könne. Allein im §. 140 ist weder von Vortheilen, noch von Rechtswohlthaten die Rede.

„welchenfalls dann . . . zu behändigen sind" fehlten, so wird darauf zu antworten sein: die der Behändigung bedürftigen richterlichen Verfügungen sind dem allgemeinen Proceßbevollmächtigten, im Verfahren vor den höheren Gerichten dem Anwalte, nicht aber, jedenfalls nicht im Verfahren vor den höheren Gerichten, einem etwa bestellten Zustellungsbevollmächtigten zu behändigen. [1]) Wollte also der Gesetzgeber im Sinne der Hauptvorschrift die Behändigung an einen besonderen Zustellungsbevollmächtigen zulassen, so mußte er dieses ausdrücklich sagen; es sind somit die Schlußworte keinesweges überflüssig, sondern wesentlich nothwendig.

An diese allgemeine Darlegung des Gedankenganges in den §§. 140, 141 der B. P.-O. knüpfen wir noch die folgenden besonderen Bemerkungen:

1) Zu der angegriffenen Behauptung kann man möglicherweise nur gelangen, wenn man davon ausgeht, daß die im Eingange des §. 140 erwähnten richterlichen Verfügungen der Behändigung an sich nicht bedürften, um in Wirksamkeit zu treten, wie man denn auch nur von dieser Annahme ausgehend möglicherweise zu den, uns nicht recht verständlich gewordenen, Argumentationen aus dem Begriffe des Verzichts und dem Gesichtspunkte einer gesetzlich gleichsam aufgenöthigten Specialvollmacht kommen kann.

Wenn nun aber die Behändigung jener richterlichen Verfügungen an und für sich durch anderweite Vorschriften der bürgerlichen Proceßordnung als nothwendig gegeben ist, so muß angenommen werden, daß man, lediglich den §. 401 der B. P.-O. ins Auge fassend, dadurch sich hat irre machen lassen, daß im gedachten §. neben der „Behändigung" auch von „Verkündigung" die Rede ist. Allein dieses bezieht sich, abgesehen von dem §. 197

---

[1]) Ayrer behauptet freilich, es könne als sich von selbst verstehend nicht bezweifelt werden, daß man auch ohne desfallsige gesetzliche Erlaubniß schon an sich berechtigt sei, einen solchen besonderen Bevollmächtigten zu bestellen. Soll dieses heißen, was offenbar anzunehmen: mit dem Effecte bestellen, daß an diesen die Behändigung zu erfolgen habe, so ist es sicherlich unrichtig, jedenfalls für das Verfahren vor den höheren Gerichten mit Rücksicht auf die besondere Stellung des Anwalts in diesem Verfahren.

der B. P.-O., lediglich und allein auf die Vorschrift des §. 378 der B. P.-O., in welcher es heißt, die Verkündigung vertrete die Stelle der (persönlichen) Behändigung. Eine gleiche oder ähnliche Vorschrift findet sich offenbar nicht im §. 140 der B. P.-O.

2) Nach der gegentheiligen Ansicht soll den Schlußworten des §. 141 der B. P.-O. subintelligirt werden: „insoweit eine solche Behändigung nach §. 140, Abs. 3 erforderlich ist.“ Dabei wird jedoch ganz übersehen, daß im Abs. 3 des §. 140 gar nicht davon die Rede ist, ob eine Behändigung überhaupt erforderlich sei oder nicht, vielmehr davon, inwieweit eine zweite Behändigung als nöthig sich darstelle.

3) Mit einem argumentum ab absurdo können wir schließen. Der Absatz 3 des §. 140 bezieht sich lediglich auf das Verfahren vor den höheren Gerichten, während der Absatz 2 des §. 141 sowohl das Verfahren vor den höheren als den Amtsgerichten betrifft. Soll nun die letztere durch die erstere Vorschrift modificirt werden, so ergiebt dieses folgendes Resultat: wenn eine Partei auf persönliche Behändigung eines Urtheils, welches in Gegenwart ihres Bevollmächtigten verkündigt wird, verzichtet hat, so muß dieses Urtheil dem Bevollmächtigten behändigt werden, wenn es sich um ein amtsgerichtliches Verfahren handelt; handelt es sich dagegen um ein Verfahren vor den höheren Gerichten, so ist die Behändigung an den Bevollmächtigten nicht erforderlich, vielmehr genügt, daß dasselbe in dessen Gegenwart verkündigt wurde.

Man wird hoffen dürfen, daß eine Ansicht, welche klarem Wortbestande entgegentritt, mit wichtigen anderweiten Vorschriften im Widerspruche steht und zu Ergebnissen führt, welche den Grundprincipien der bürgerlichen Proceßordnung widerstreiten, weiteren Raum nicht gewinnen werde.

§. 19.

III. In Betreff der **Unterbrechung** des **Laufs** der **Berufungsfrist** kommen die **Ferien** und die **Aussetzung des Verfahrens** in Betracht.

Wie der §. 150 der B. P.-O. ausdrücklich erklärt, daß die Erhebungsfrist für Rechtsmittel durch die Ferien nicht unterbrochen

werde, so bestimmt der §. 151 der B. P.=O. ohne, wie sonst häufig, zwischen richterlichen und gesetzlichen Fristen zu unterscheiden: „durch die Aussetzung des Verfahrens wird der Lauf der Fristen bis zur Wiederaufnahme desselben unterbrochen; mit dem letzteren Zeitpunkte beginnt die Frist rücksichtlich der noch übrigen, im Falle des §. 168 unter 3 und 4 mit der vollen Zeit ihren Lauf." Der Anwendung dieser allgemeinen Vorschrift auf die Berufungsfrist stehen die Bestimmungen der §§. 168 ff. der B. P.=O. auch in keiner Weise hindernd im Wege: denn selbst das unbedingte Endurtheil schließt nicht das Verfahren, indem auch die Zwangsvollstreckung einen Theil desselben bildet und wenn im Falle der Aussetzung nach der Proceßlage zur Zeit von eigentlicher weiteren Verhandlung nicht die Rede sein kann, so wird sich Antrag und richterliche Verfügung auf die Wiederaufnahme des Verfahrens an und für sich zu beschränken haben.[1])

IV. Die Berufungsfrist, als unmittelbar vom Gesetze bestimmte Frist, kann nicht durch den Richter, wohl aber vertragsmäßig erstreckt werden (§. 152 der B.P.=O.).

V. Die Versäumung der Berufungsfrist hat den Verlust des Rechtsmittels zur Folge und kann diese Folge auf directem Wege überall nicht, auf indirectem Wege mittelst des Rechts=

---

[1]) Im Magazin IV, S. 381 ff. behauptet Stürenburg, daß die Berufungsfrist gegen das Enderkenntniß durch die in Folge Todes eintretende Aussetzung des Verfahrens nicht unterbrochen werde und findet dann in dieser Behauptung eine Handhabe für die Ansicht, daß gegen die Versäumung der Berufungsfrist Restitution zugelassen werden müsse. — Der §. 151 der B. P.=O. wird völlig ignorirt und finden sich S. 382, als in der bürgerlichen Proceßordnung nicht berührt, Fragen aufgeworfen, welche der §. 151 ganz ausdrücklich entscheidet.

Ayrer Berufung S. 105, Note 1 bemerkt kurz: die Frage, ob der Tod einer Partei eine Aussetzung oder Unterbrechung des Laufs der Berufungsfrist bewirke, ist von Stürenburg . . . erörtert und wohl mit Recht verneint. Hier geschieht Stürenburg insofern Unrecht, als dieser doch nur von der Berufungsfrist gegen das Enderkenntniß redet.

Gelegentlich mag hier noch bemerkt werden, daß wenn vor der Behändigung des Urtheils die Aussetzung des Verfahrens eintritt, von dem Beginn des Laufs der Berufungsfrist aus dem Grunde nicht die Rede sein kann, weil die vor der Wiederaufnahme des Verfahrens erfolgende Behändigung ohne rechtliche Wirkung bleiben muß.

mittels der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand aber nur in sehr beschränkter Weise aufgehoben werden. [1])

§. 20.

Am Schlusse der Lehre von der Erhebung der Berufung haben wir noch der Frage Erwähnung zu thun, inwieweit der Nebenintervenient befugt sei, selbständig d. h. ohne Beitritt der Hauptpartei, Berufung zu erheben. — Der Schlußsatz des §. 36 der B. P.=O. sagt hierüber:

„In dem Falle wahrer Streitgenossenschaft bedarf der Intervenient zur Verfolgung eines Rechtsmittels der Theilnahme der Partei, welcher er beigetreten, nicht.“

Diese gesetzliche Vorschrift hat in neuester Zeit eine höchst gewaltsame Auslegung erdulden müssen, [2]) nach welcher die Worte so viel bedeuten sollen, als wenn es hieße: „Auch in dem Falle ꝛc.“ Darüber, daß die gesetzliche Vorschrift hiernach einen den Worten geradezu entgegengesetzten Sinn ergiebt, sucht man sich durch die beliebte Wendung, daß die Vorschriften der bürgerlichen Proceßordnung leider häufiger nicht präcis gefaßt seien, zu beruhigen und begegnet dem sehr nahe liegenden Einwurfe, daß die so zurecht construirte gesetzliche Vorschrift höchst überflüssig sei, durch die Erwägung, daß jene Schlußvorschrift die Frage entscheiden solle, ob ein Streitgenosse selbständig und abgesondert von den übrigen die Berufung verfolgen dürfe, eine Frage, deren Beantwortung von der rechtlichen Natur der Streitgenossenschaft, insbesondere davon, ob die Streitgenossenschaft eine Corporation bilde, abhängig sei. Als ob es möglicherweise denkbar wäre, daß ein Gesetzgeber, welcher im §. 33 ausdrücklich erklärt hat, daß die Streitgenossen im Verhältnisse von Gesellschaftern stehen, aussprechen sollte — und sogar noch ganz gelegentlich der Nebenintervention im §. 36 — Streitgenossen dürften selbständig die Berufung erheben, — weil das Gegentheil angenommen werden könnte, wenn die Streitgenossenschaft eine Corporation wäre!

---

[1]) Regierungsmotive zu den §§. 155 ff. der B. P.=O. bei Leonhardt Justizgesetzgebung II, S. 92 der 2. Auflage.

[2]) Ayrer Berufung S. 33—36.

Seit langer Zeit bis auf den heutigen Tag ist es bestritten, ob der Nebenintervenient und die Hauptpartei als Streitgenossen anzusehen seien. Mehrere Processualisten, unter ihnen besonders Martin, [1]) behaupten dieses, während die meisten, insbesondere Gönner, [2]) die Ansicht aufstellten, dieselben seien nicht wahre oder eigentliche, wohl aber uneigentliche Streitgenossen. Eine Mittelmeinung will mit Rücksicht auf die verschiedenen Arten der Nebenintervention unterscheiden; je nachdem das Interesse des Intervenienten in der Regreßpflicht oder darauf beruht, daß ihr Recht oder ihre Verbindlichkeit durch das Bestehen des Rechts oder der Verbindlichkeit einer im Processe begriffenen Partei bedingt ist. Im letzteren, nicht im ersteren Falle soll eine wahre Streitgenossenschaft anzunehmen sein. [3]) Daß diese Mittelmeinung in der Schlußvorschrift des §. 36 ihren Ausdruck gefunden habe, liegt sehr nahe, wird aber durch den folgenden historischen Sachverhalt noch bestätigt.

Die fragliche Schlußvorschrift des §. 36, aus der bürgerlichen Proceßordnung vom Jahre 1847 in die bürgerliche Proceßordnung vom Jahre 1850 wörtlich übertragen, verdankt ihr Entstehen den Berathungen einer Ministerial-Commission und waren nach dem Sitzungsprotocolle vom 23. Junius 1845 in dieser Beziehung folgende Erwägungen maßgebend: „Es werde unter den einzelnen Fällen der accessorischen Intervention eine Unterscheidung gemacht werden müssen. Auf der einen Seite ständen die Fälle, in welchen das Interesse des Intervenienten nur in dem Regreßanspruche bestehe, welchen die Partei, der er beitrete, im Falle ihres Unterliegens gegen ihn zu erheben befugt sei, also namentlich die Fälle, wo der Verkäufer bei dem Processe des dritten Vindicanten gegen den Käufer intervenire; auf der anderen Seite alle anderen Fälle der accessorischen Intervention, als z. B. der Fall, wo der Legatar in dem über die Gültigkeit des Testaments zwischen dem eingesetzten Testamentserben und dem das Testament mit der Inofficiositätsquerel anfechtenden

---

[1]) Magazin für Prozeßrecht Bd. I, S. 17. 18, 55 ff.

[2]) Handbuch Bd. I. Abh. 18. §§. 7, 8. — Vergl. auch Gensler Archiv für civ. Pr. IV. S. 156, Note 7. Bayer Vorträge S. 51 der 7. Auflage.

[3]) Brauer Archiv für civ. Praxis Bd. XXIV, S. 423 ff. (Jahrg. 1841).

Intestaterbberechtigten intervenire, oder wo der Legatar, dem eine litigiöse Sache vermacht sei, dem Erben, welcher den über diese Sache anhängigen Vindicationsproceß fortführe, beitrete. In den Fällen der letzten Art sei das Interventionsrecht ein selbständiges, wider Willen der Partei, welcher der Intervenient beitrete, geltend zu machendes und hier möge man den Intervenienten füglich als Litisconsorten betrachten. In den Fällen der ersteren Art aber sei die Stellung des Intervenienten eine völlig unselbständige und ähnlich der eines Rechtsbeistandes der Partei; er müsse sich jede Beschränkung in seinen Proceßverhandlungen, welche dann nur eine mögliche Beschränkung seiner Entschädigungsverbindlichkeit bewirken würde, gefallen lassen; die Partei, welcher er beigetreten sei, bleibe allein Proceßpartei und die Annahme eines Litisconsortium führe hier nothwendig zu Widersprüchen: denn der Begriff eines Litisconsortium sei in diesen Fällen aus dem Grunde ein juristisch unmöglicher, weil der Proceß ein einfaches Rechtsverhältniß betreffe, welches auch nicht einmal in verschiedenen subjectiven Beziehungen stehe."

Wir beabsichtigen nicht, diese Erwägungen in legislativer oder positiv rechtlicher Beziehung näher zu prüfen oder weiter zu verfolgen, heben jedoch noch besonders hervor, daß den Gegensatz wahrer Streitgenossen im Sinne des §. 36 der B. P.=O. die uneigentlichen Streitgenossen im Sinne Gönner's, im Sinne Gensler's die Streitgenossen im weiteren Sinne bilden, keinesweges aber die nach Vorschrift des §. 34 der B. P.=O. zu einer Parteirolle vereinigten mehreren Kläger oder Beklagte: denn hier handelt es sich ganz vorzugsweise um selbständige Rechte und Verbindlichkeiten und nichts steht entgegen, daß dieselben ohne Beitritt der übrigen die Berufung verfolgen.

VI. Anmeldung der Berufung.

§. 21.

An die Erhebung der Berufung schließt sich die Anmeldung derselben, worüber die §§. 413, 414 der B. P.=O. die näheren Vorschriften enthalten. [1])

---

[1]) Vergl. Oppermann Magazin III, S. 307. — Ayrer Berufung §§. 37, 38.

Die Anmeldung der Berufung erfolgt zum Civilproceßregister, welches auf der Gerichtsschreiberei des Gerichts erster Instanz geführt wird. Der Gerichtsschreiber hat zu diesem Zwecke auf erfolgte Nachweisung in der fünften Rubrik diejenigen Daten zu bemerken, aus denen die zeitige Erhebung der Berufung hervorgeht.[1])

Diese letztere Vorschrift (§. 413, 2 S. bez. §. 374, 2 S. der B. P.-O.) ergiebt ohne Weiteres, daß die Anmeldung der Berufung die Erhebung derselben voraussetzt, folgeweise, daß die erstere für die letztere ohne alle Bedeutung ist.

Die Vorschriften des Gesetzes gehen davon aus, daß die Anmeldung mündlich erfolge; wesentlich ist dieses jedoch sicherlich nicht und unbedenklich die Annahme, daß die Anmeldung auch schriftlich erfolgen könne; nur werden dadurch für die Gegenpartei erhöhte Kosten nicht entstehen dürfen.

Die Anmeldung der Berufung verfolgt den wichtigen Zweck, die durch zeitige Erhebung der Berufung bewirkte Hemmung der Vollstreckung der angefochtenen richterlichen Verfügung zu sichern; zu vermeiden, daß der Gerichtsschreiber einem Urtheile die Vollstreckungsclausel beifüge, wenn ihm von der siegenden Partei nachgewiesen wird, daß seit der ordnungsmäßigen Behändigung des Urtheils die Berufungsfrist verstrichen sei (§. 529 der B. P.-O.).

Einen weiteren Zweck verfolgt die Anmeldung der Berufung insoweit diese an ein anderes Gericht geht, also wenn die Berufung gegen Urtheile der Amtsgerichte oder der großen Senate der Obergerichte bez. der kleinen Senate der kleinen Obergerichte zur Hand genommen wird. Hier soll die Anmeldung der Berufung zur Einsendung der Acten erster Instanz an das Berufungsgericht führen.[2]) Die betreffenden Vorschriften des §. 414 der

---

[1]) Vergl. Ministerialausschreiben, die Führung von Proceßregistern betr. v. 27. Septbr. 1852. §§. 2, 11.

[2]) Daß wie nach ausdrücklicher Vorschrift des §. 429 der B. P.-O. die Rücksendung der Acten von Gerichtsschreiberei zu Gerichtsschreiberei erfolgen soll, so auch die Einsendung der Acten von Gerichtsschreiberei zu Gerichtsschreiberei zu erfolgen habe, folgt aus allgemeinen Grundsätzen, der Vorschrift des §. 414, wonach der Richter die Übersendung der Acten zu „verfügen" hat und der Nr. 14 e des Gebührentarifs zur Gebührentaxe in bürgerlichen

B. P.=O. sind einfach und einer weiteren Ausführung schwerlich bedürftig.

VII. Suspensiveffect der Berufung.

§. 22.

Die zeitige Erhebung der Berufung hemmt die Vollstreckung derjenigen Bestimmungen der beschwerenden Verfügung, gegen welche die Berufung gerichtet ist. [1]) — Der Richter wird somit vor erhobener Berufung, insoweit nicht das Verfahren durch ein unbedingt endliches Erkenntniß erledigt ist, dieses weiter leiten können, freilich auf die Gefahr hin, daß dasselbe im Falle erheblich befundener Berufung ganz oder theilweise als nicht erfolgt zu behandeln ist. Dabei ist jedoch zu beachten, daß in der Vornahme bez. Zulassung weiterer Proceßhandlungen nach den Verhältnissen des einzelnen Falls ein Verzicht auf das Rechtsmittel der Berufung zu finden sein wird. — Nach erhobener Berufung findet dagegen eine Fortsetzung der Verhandlung nur rücksichtlich der nicht angefochtenen Punkte statt, insofern nicht die Parteien übereinkommen oder das Gericht, sei es auf Antrag oder von Amtswegen, verfügt, daß auch diese einstweilen beruhen solle. Diese Verfügung fällt unter die allgemeine Vorschrift des §. 113 der B. P.=O. [2]) und unterliegt demgemäß der Berufung nicht.

Die allgemeine Vorschrift des §. 408 der B. P.=O. über den Suspensiveffect der Berufung erleidet jedoch eine Ausnahme, wenn — wie der §. 409 der B. P.=O. sich ausdrückt — die beschwerende Verfügung selbst die vorläufige Vollstreckbarkeit ohne Rücksicht auf die zu erhebende Berufung verordnet hat. Diese formelle Auffassung der Sache erklärt sich daraus, daß nach den

---

Rechtsstreitigkeiten. — Die richtige Ansicht ist auch ausgesprochen in einem Ministerialrescripte vom 2. Febr. 1853 (Magazin III, S. 475).

[1]) Ausführliche Erörterungen über die Vorschriften der §§. 408 ff. der B. P.=O. finden sich bei Ayrer Berufung §§. 32—35, welche unserer Ansicht nach jedoch an großer Unklarheit leiden.

[2]) Nicht des §. 112 der B. P.=O., wie Ayrer Berufung §. 8, Nr. 19 meint.

allgemeinen Grundsätzen der bürgerlichen Proceßordnung die Ertheilung der Vollstreckungsclausel nicht Sache des Gerichts, sondern der Gerichtsschreiberei ist und die Zwangsvollstreckung selbst im Allgemeinen zu den Functionen der Gerichtsvögte gehört.

Bevor wir nach Anleitung des zweiten Satzes des §. 409 der B. P.=O. der Fälle gedenken, in welchen das Gericht die vorläufige Vollstreckbarkeit entweder verordnen muß oder verordnen kann, ist die Schlußvorschrift des §. 409 zu erwägen, welche dahin geht:

„Die vorläufige Vollstreckbarkeit bezieht sich nicht auf die Proceßkosten und darf wegen dieser nicht erkannt werden.“

Hiernach sind die Proceßkosten als unter der allgemein lautenden Verfügung vorläufiger Vollstreckbarkeit mitbegriffen nicht anzusehen und der Richter darf die vorläufige Vollstreckbarkeit in specieller Beziehung auf die Proceßkosten nicht verordnen. — Das Weitere ergiebt sich aus den Vorschriften der §§. 50 ff. der B. P.=O. über Liquidation der Kosten. Wenn nach §. 51 der B. P.=O. die Festsetzung der Kosten entweder mit oder sofort nach der Verkündigung des Urtheils erfolgt und in die Ausfertigung desselben aufgenommen ist, so darf der festgesetzte Geldbetrag nicht im Wege der Zwangsvollstreckung vorläufig beigetrieben werden. Ebensowenig ist es aber zulässig, daß auf Grund des zwar vorläufig vollstreckbaren, aber nicht rechtskräftigen Urtheils die Liquidation nach Vorschrift des §. 50 der B. P.=O. erfolgt und folgeweise das die Kosten festsetzende Urtheil nach Ablauf der im §. 53 der B. P.=O. vorgeschriebenen Frist zur Vollstreckung gelangt. [1])

§. 23.

Die vorläufige Vollstreckbarkeit richterlicher Verfügungen muß theilweise, theilweise kann sie vom Gerichte angeordnet werden:

I. Die vorläufige Vollstreckbarkeit muß auf Antrag und selbst von Amtswegen verordnet werden, insoweit das Ge=

---

[1]) Ganz abweichender Meinung ist Ayrer Berufung §. 32; der dafür in der Note *) S. 112 angeführte Grund ist uns nicht klar geworden.

setz selbst dieses vorschreibt. Das Gesetz schreibt aber vor die vorläufige Vollstreckbarkeit

1) der richterlichen Verfügung über Sicherheitsleistungen, insbesondere über Zulänglichkeit der angebotenen Sicherheitsmittel (§. 59);

2) der den Beklagten verurtheilenden Erkenntnisse im Executiv- und Wechselprocesse (§. 485, 490);

3) der Arrest- und provisorischen Verfügungen (§§. 516—507, 522, 527, 610, 612). [1])

II. Außerdem **kann** die vorläufige Vollstreckbarkeit in geeigneten Fällen, besonders wenn Gefahr auf dem Verzuge haftet, [2]) jedoch nur unter gewissen Bedingungen und Voraussetzungen vom Gerichte erkannt werden. Zu den geeigneten Fällen, für welche Gefahr im Verzuge nicht nothwendig, rechnet der im §. 346 der B. P.-O. besonders vorgesehene, wenn ein spruchreifer Theil des Rechtsstreits durch unbedingt endliches Erkenntniß vorab erledigt wird. Die erwähnten Bedingungen und Voraussetzungen sind aber die folgenden:

1) die vorläufige Vollstreckbarkeit darf nicht von Amtswegen, sondern nur auf Antrag,

---

[1]) Mit Unrecht rechnet **Ayrer** hierher Fälle, in welchen seiner eigenen Ansicht nach von Berufung gar nicht die Rede ist und mit noch größerem Unrechte die Purification des Zahlungsbefehls im Mahnverfahren nach §. 7 des Gesetzes vom 27. Julius 1852, indem nach ganz ausdrücklicher Vorschrift des §. 9 dieses Gesetzes gegen die gedachte Verfügung überall kein Rechtsmittel zulässig sein soll.

Dagegen sucht derselbe ohne Grund in einer sehr ausführlichen, uns jedoch nicht recht verständlich gewordenen Erörterung (S. 114—118) den Fall der Nr. 1 wegzuinterpretiren. Das betreffende Sachverhältniß dürfte doch in der That kein besonders schwieriges sein. Wenn der Richter gegen Sicherheitsleistung die vorläufige Vollstreckbarkeit verordnet, so kann unstreitig der Beklagte gegen die ihm ungünstige weitere richterliche Verfügung über Betrag der Sicherheit und insbesondere über Zulänglichkeit der angebotenen Sicherheitsmittel die Beschwerde mit der Berufung gegen das Haupturtheil verfolgen und dieselbe in seine Berufungsanträge aufnehmen. Allein dadurch soll der Gang des Verfahrens nicht gehemmt werden, d. h. die Sicherheit kann, sei es nun vor dem Gerichte, sei es auf der Gerichtsschreiberei, bestellt und das Haupturtheil dann vorläufig vollstreckt werden.

[2]) Ohne Grund will **Ayrer** gegen die Worte des Gesetzes Gefahr im Verzuge als unbedingtes Erforderniß hinstellen.

2) stets nur gegen Sicherheitsleistung und

3) wenn sie einen unersetzlichen oder schwer zu ersetzenden Nachtheil mit sich führt, überall nicht verordnet werden.

III. Gewissermaßen in der Mitte zwischen den Fällen unter I. und II. liegt die Vorschrift des §. 580 der B. P.=O. Nach dieser soll die Berufung gegen in der Zwangsvollstreckungsinstanz zwischen Gläubiger und Schuldner gesprochene Urtheile keine aufschiebende Wirkung haben, doch kann das Gericht aus besonderen Gründen diese vorschreiben, was im Zusammenhange mit der allgemeinen Vorschrift des §. 409 so viel heißt als: der Richter hat der Regel nach die vorläufige Vollstreckbarkeit der hier fraglichen Verfügungen auszusprechen. Dieser Fall hat mit denen unter I. gemein, daß die Erklärung der vorläufigen Vollstreckbarkeit von Amtswegen erfolgen darf, dagegen mit denen unter II., daß dieselbe nicht nothwendig erfolgen muß.

§. 24.

Der §. 410 der B. P.=O. betrifft die Competenz und Thätigkeit des Berufungsgerichts bezüglich der besonderen Maßnahmen des §. 409 der B. P.=O. Allein auch das Gericht erster Instanz kann in Betreff dieser zu einer weiteren Thätigkeit veranlaßt sein.

Wenn das Haupturtheil in Fällen, wo vorläufige Vollstreckbarkeit von Amtswegen verordnet werden muß, dieselbe nicht verordnet, oder in Fällen, wo auf Antrag die vorläufige Vollstreckbarkeit verordnet werden kann und ein solcher Antrag gestellt ist, diesen Antrag nicht bescheidet, oder im Falle des §. 580 der B. P.=O. über die vorläufige Vollstreckbarkeit sich überall nicht äußert, so kann das Gericht erster Instanz um Ergänzung des Haupturtheils angegangen werden. Dagegen kann in Fällen, wo die Anordnung vorläufiger Vollstreckbarkeit durch Antrag bedingt ist, dieser Antrag nach gesprochenem Haupturtheile mit Wirksamkeit nicht mehr gestellt werden.

Insoweit die vorläufige Vollstreckbarkeit nach Umständen oder gesetzlichen Bestimmungen nur gegen Sicherheitsleistung verordnet werden kann und verordnet wird, hat das Gericht wegen dieser Sicherheitsleistung nach Maßgabe der allgemeineren Vor=

schriften der §. 57 ff. der B. P.=O. zu verfahren, insbesondere also, insoweit nicht die Parteien sich sofort über die Sicherheitsleistung verständigen, zugleich den Verhandlungstermin anzuberaumen (§. 57 S. 2 der B. P.=O.). Erst wenn dieses Nebenverfahren erledigt, die Sicherheit ordnungsmäßig bestellt ist, darf der Gerichtsschreiber die Vollstreckungsclausel dem Haupturtheile ertheilen.

Im Falle verurtheilender Erkenntnisse im Executiv= und Wechselprocesse hat das Gericht, insofern ihm hierzu durch Parteianträge nicht eine besondere Veranlassung gewährt wird, wegen Sicherheitsleistung nichts zu verfügen: denn die Sache verhält sich hier so, daß der verurtheilte Beklagte (im Executivprocesse unbedingt, im Wechselprocesse bedingterweise) die Schuldsumme zu deponiren befugt ist, wenn nicht der Kläger Sicherheit leistet. [1]) Kommt Sicherheitsleistung später in Frage, so wird natürlich das Verfahren hierüber bei dem Gerichte erster Instanz vor sich zu gehen haben.

§. 25.

Daß die richterlichen Nebenverfügungen, deren der §. 409 der B. P.=O. gedenkt, mit der Berufung gegen das Haupt=

---

[1]) Bei Ayrer Berufung S. 120, 121 findet sich die im hohen Grade auffallende Behauptung, daß der Kläger die von ihm etwa geleistete Sicherheit bez. Verabfolgung des gerichtlich niedergelegten Betrages verlangen könne, wenn der Beklagte die Berufung nicht innerhalb der für die Erhebung des Einspruchs festgestellten Frist (§. 158) erhebe. — Der Schlußsatz des §. 485 der B. P.=O. redet von Aufhebung bestellter Sicherheit bez. Ausantwortung des deponirten Betrags lediglich bezüglich des Falls, daß illiquide Einreden ꝛc. zur besonderen Ausführung verwiesen werden. Ferner sind in dem Satze des §. 485 „die Vollstreckbarkeit des, den Beklagten verurtheilenden Erkenntnisses wird dadurch nicht gehemmt, daß derselbe hiergegen binnen der im §. 158 gedachten Frist Einspruch oder Berufung erhebt“ die Worte „binnen .... Frist“ offenbar nur auf den Einspruch zu beziehen, indem sie den Gegensatz des ordentlichen zum außerordentlichen Einspruche bezielen (§. 162 der B. P.=O.). Auf die Berufung bezogen, führen die fraglichen Worte zur Sinnlosigkeit des Satzes. Und wie, fragen wir schließlich, soll die Sache sich denn verhalten, wenn, was ja nicht eben fern liegt, Deposition bez. Sicherheitsleistung erst erfolgt, nachdem eine bez. zwei Wochen seit der Behändigung des Urtheils verstrichen sind? Oder soll etwa nach Ablauf dieser Frist Deposition bez. Sicherheitsleistung überall nicht mehr begehrt werden dürfen!

urtheil, um welche es sich hier gerade handelt, angefochten werden können, ist selbstverständlich. Ausgesprochen wird es daneben in den beiden ersten Sätzen des §. 410 der B. P.=O., jedoch mit dem diesen Sätzen ihre besondere Bedeutung gewährenden Zusatze, daß die betreffende Partei befugt sein soll, über die hierfraglichen Nebenverfügungen eine Vorverfügung des Berufungsgerichts zu beantragen, was für dieselbe bei umfassenden Berufungsverhandlungen von größtem Interesse sein kann. [1])

Das Gesetz nimmt aber auch weitere Rücksicht auf die durch vorläufige Vollstreckung eines Urtheils bedrohte Partei, indem es noch vor dem Verhandlungstermine über die Berufung dem Berufungsgerichte, in sehr dringenden Fällen selbst dem Vorsitzenden desselben, nachläßt, nach Anhörung der Parteien, in sehr dringenden Fällen sogar auf einseitigen Antrag, Einhalt der vorläufigen Vollstreckung zu verordnen. [2]) — Dieser Einhalt kann in allen Fällen, gleichviel ob das Gesetz selbst die vorläufige Vollstreckbarkeit verfügt oder deren Anordnung dem richterlichen Ermessen überlassen hat, stets aber nur unter der Voraussetzung, daß die Gefahr eines unersetzlichen oder schwer zu ersetzenden Schadens bescheinigt ist und gegen genügende Sicherheitsleistung verordnet werden. — Außerdem macht das Gesetz dem Antragsteller zur Pflicht, sofort bei Stellung des Antrags sich zur Sicherheitsleistung unter Angabe der Art und Weise ihrer Bestellung zu erbieten. Die Bedeutung dieser Vorschrift ist klar, noch klarer aber, daß nicht schon dieses Erbieten genügt, um den im Übrigen begründeten Einhalt zu verordnen: denn daß dieser genügende Sicherheitsleistung voraussetze, sagt der dritte Satz des §. 410 im Eingange selbst.

---

[1]) Gerade umgekehrt behauptet Ayrer Berufung S. 127, dem Worte „sofort" sei jede dispositive Bedeutung abzusprechen, woraus denn allerdings consequent folgt, daß die beiden Sätze des §. 410 der B. P.=O. überflüssig dastehen.

[2]) In sehr verschiedener, uns jedoch nicht verständlich gewordener Weise muß Ayrer den dritten Satz des §. 410 der B. P.=O. verstehen, wenn er im §. 409, S. 2 Modificationen des §. 410 S. 3 finden will. Fast sollte man meinen, es sei ganz übersehen, daß nach §. 410 S. 3 der Berufungsrichter den Einhalt zu verfügen habe. Vergl. auch S. 119 der Ayrer'schen Schrift.

VIII. Devolutiveffect der Berufung.

§. 26.

Was sodann den Devolutiveffect der Berufung anbetrifft, so ist zuvörderst die Bestimmung desjenigen Gerichts, an welches die Streitsache zur anderweiten Aburtheilung gelangt, sehr einfach.

Gegen die Entscheidungen der großen Senate der Obergerichte geht die Berufung an das Oberappellationsgericht; gegen die Entscheidungen der kleinen Senate der großen Obergerichte an die großen Senate derselben, der kleinen Obergerichte (Dannenberg, Goslar, Hameln und Lehe) an die großen Senate anderer Obergerichte (Lüneburg, Hildesheim, Hannover, Verden); [1]) gegen die Entscheidungen der Amtsgerichte an den regelmäßigen oder aushülfsweise gebildeten (§. 39 des Gesetzes über die Gerichtsverfassung) kleinen Senat des vorgesetzten Obergerichts.

Der §. 400 der B. P.=O. [2]) fügt diesen Verfassungsvorschriften ausdrücklich hinzu, daß Abänderung derselben durch Privatwillkür unzulässig sei.

§. 27.

Bei weitem schwieriger und wichtiger ist dagegen die Lehre von der s. g. inneren Competenz des Berufungsrichters (Umfang und Dauer des Devolutiveffects), worüber die §§. 421—425, 429 der B. P.=O. die näheren Vorschriften enthalten. [3])

Es würde ohne besonderes Interesse sein, an diesem Orte diese Lehre nach den gemeinrechtlichen Quellen des Proceßrechts zu entwickeln und daneben auszuführen, in welcher Weise Doctrin

---

[1]) §. 3 der Verordnung vom 7. August 1852, die Bildung der Obergerichte betreffend.

[2]) Die Schlußvorschrift der Nr. IV, des §. 36 des Gesetzes über die Gerichtsverfassung ist nicht ganz correct gefaßt. Vergl. Leonhardt Justizgesetzgebung, 2te Aufl. Bd. III. S. 23, Note 3.

[3]) v. Düring Magazin IV, S. 70 ff. — Schmidt Magazin IV, S. 337 ff. — Ayrer Berufung S. 146 ff. (verhältnißmäßig sehr kurz und wenig eingehend, wenn man von den nicht hierher gehörigen Ausführungen S. 152—156 absieht.)

und particulaire Rechtsbildung unter dem Einflusse des mißverstandenen Grundsatzes dreier Instanzen dieselbe zum großen Nachtheile einer raschen Rechtspflege corrumpirten. Es genügt hervorzuheben, daß in dem particulairen Proceßrechte unseres Landes die Competenz des Appellationsrichters auf ein äußerstes Minimum reducirt und damit ein Zustand herbeigeführt war, welcher wohl mit Recht als ein Unwesen bezeichnet worden ist.

Schon die bürgerliche Proceßordnung vom Jahre 1847 suchte diesem Unwesen ein Ende zu machen; die Vorschriften des §. 233 S. 1 derselben sind wesentlich dieselben als die des §. 422 der B. P.=O. vom Jahre 1850. Allein die letztere geht viel weiter in der Competenzerweiterung des Berufungsrichters, als die erstere, indem den Vorschriften der §§. 423—425 der letzteren folgende Bestimmungen der ersteren correspondiren:

„Eine Ausnahme von dieser dem Appellationsrichter obliegenden Verpflichtung, im Falle der Erheblichkeit der Beschwerden über die Beschwerdepunkte hinaus zu erkennen, findet statt, wenn:

1) die Sache rücksichtlich solcher Punkte noch nicht zur Abgabe einer Entscheidung instruirt ist;
2) ein Erkenntniß lediglich wegen verletzter oder nicht gehörig beobachteter Vorschriften des processualischen Verfahrens angefochten ist und die für fehlerhaft erkannte Proceßhandlung nochmals vorgenommen, oder die nicht zugelassene Proceßhandlung erst gestattet oder nachgeholt werden muß;
3) der Unterrichter auf den Grund einer proceßhindernden oder dilatorischen Einrede in der Sache selbst noch nicht erkannt hatte;
4) auch darf das Erkenntniß des Appellationsrichters auf die Hauptsache nicht eingehen, wenn die Appellation nur gegen eine Entscheidung über Neben= oder Incidentpunkte gerichtet ist.

In diesen Ausnahmsfällen muß der Appellationsrichter, nachdem er die aufgestellten Beschwerden für erheblich erklärt hat, die weitere Instruction und Entscheidung in der Sache selbst dem betreffenden Gerichte überlassen."

Wie sehr nun aber auch die Competenz des Berufungsrichters durch die Vorschriften der §§. 423—425 der B. P.=O. gegen die Vorschriften der Proceßordnung von 1847 erweitert worden ist, so geht sie doch nicht so weit als die Competenz des

Appellationsrichters nach gemeinem Proceßrechte, indem nach diesem wenigstens in dem hier in Betracht kommenden Falle, daß ein Enderkenntniß reformirt wird, Remission der Acten an den Richter erster Instanz nicht stattfindet: denn nach ausdrücklicher Vorschrift des §. 429 der B. P.-O. ist Remission der Acten angeordnet und der §. 423 des Gesetzes erstreckt die Competenz des Berufungsrichters bis zur endlichen Entscheidung, so daß also die Erledigung von später zur richterlichen Cognition erwachsenden Nebenpunkten in der Zwangsvollstreckungsinstanz (vergl. insbesondere auch §. 347 der B. P.-O.) dem Richter erster Instanz anheimfällt. [1])

I. Findet der Berufungsrichter die Berufung unzulässig oder die Beschwerden ungegründet, so endigt nach ausdrücklicher Vorschrift des §. 421 der B. P.-O. seine Thätigkeit mit dem die Berufung zurückweisenden oder das angefochtene Erkenntniß bestätigenden Urtheile.

Auch ist eine Competenzbeschränkung des Berufungsrichters in gleicher Weise selbstverständlich, wenn zwar die Berufung als zulässig und die Beschwerden als gegründet sich darstellen, die factischen Voraussetzungen der §§. 422, 423 der B. P.-O. aber nicht vorliegen.

Eine weitere Competenzbeschränkung beruht auf der besonderen Vorschrift des §. 424 der B. P.-O., welche eine nähere Auseinandersetzung hier nicht erforderlich macht.

II. Der §. 422 der B. P.-O. erklärt den, der principalen Beschwerde deferirenden Berufungsrichter für competent, über sämmtliche eventuell in Betracht kommende Streitpunkte zu entscheiden. Diese Ordnung der Sache ist von außerordentlicher

---

[1]) Selbst diesen, auch von v. Düring und Schmidt als zweifellos behandelten Punkt bestreitet Ayrer, indem er bemerkt: man werde schwerlich umhin können, aus jener Verlegung der ersten in die Berufungsinstanz eine Zuständigkeit des Berufungsrichters für die Streitigkeiten in der Zwangsvollstreckungsinstanz zu folgern. Dagegen ist einfach zu bemerken: in der bürgerlichen Proceßordnung findet sich nirgends der allgemeine Satz, daß die erste Instanz in die Berufungsinstanz verlegt werde, ausgesprochen, vielmehr ist aus den speciellen Vorschriften erst zu entnehmen, inwieweit der Satz wahr sei. Also reine petitio principii!

praktischen Bedeutung unter besonderer Berücksichtigung der Vorschrift des §. 344 der B. P.=O., nach welcher in dem Urtheile zunächst über die Zulässigkeit der Klage, dann der anderen Angriffs= und Vertheidigungsmittel, insoweit diese für die abzugebende Entscheidung in Betracht kommen, zu erkennen ist. Aus dieser, wie aus der Vorschrift des §. 346 der B. P.=O. ist auch der Begriff „Streitpunkte" (§§. 422, 423 der B. P.=O.) zu entnehmen. [1])

Die Competenz des Berufungsrichters erstreckt sich:

1) auf alle diejenigen Streitpunkte, über welche bisher aus dem Grunde nicht erkannt worden bez. nach §. 344 der B. P.=O. nicht erkannt zu werden brauchte, weil sie in Gemäßheit der aufgehobenen Entscheidung nicht in Betracht kamen, so daß also z. B. wenn das auf die Entscheidung der Klage sich beschränkende und diese abweisende Urtheil aufgehoben wird, der Berufungsrichter zuständig ist, über die Einreden zu erkennen;

2) auf alle solche Streitpunkte, über welche in dem angefochtenen Erkenntnisse eine Entscheidung abgegeben war, welche der eine oder andere Theil bei dem Fortbestande der aufgehobenen Entscheidung nicht anfechten konnte, weil es ihm an einem die Berufung begründenden Interesse fehlte, so daß also z. B. der eine früher zugelassene Einrede zurückweisende Berufungsrichter über eine andere früher zurückgewiesene Einrede zu urtheilen competent erscheint.

Der Ansicht, daß der §. 422 der B. P.=O. eine unbedingt endliche Entscheidung des Processes durch den Richter erster Instanz voraussetze, glauben wir nicht beipflichten zu können; sie findet in dem Wortlaute der gesetzlichen Vorschrift keinen Halt und dürfte durch allgemeine Grundsätze nicht gerechtfertigt werden können. [2])

---

[1]) v. Düring a. a. O. S. 73.

[2]) v. Düring bemerkt: Hatte der erste Richter den Rechtsstreit nur bedingt endlich entschieden, so lag in der etwaigen Nichtentscheidung eines der zur Entscheidung gebrachten Streitpunkte allemal eine Unvollständigkeit des ersten Urtheils, eben weil der erste Richter, für den Fall der Nichterfüllung der Bedingung, von welcher er die endliche Entscheidung des Rechtsstreits abhängig gemacht hatte, im Stande und processualisch verpflichtet war, alle einzelnen Streitpunkte mit einer Entscheidung zu versehen; in diesem Falle treten

III. Der §. 423 der B. P.=O. bestimmt, das Berufungsgericht habe über jeden zu seiner Beurtheilung erwachsenen Streitpunkt endlich zu entscheiden. Er hebt daneben besonders hervor, daß dieses selbst dann geschehen müsse, wenn die Beschwerde lediglich die Verletzung oder nicht gehörige Beobachtung processualischer Vorschriften betroffen habe oder über den Streitpunkt in erster Instanz überhaupt nicht bez. nicht umfassend, so daß insbesondere ein Beweisverfahren anzuordnen und durchzuführen, verhandelt sei. Der starken Abweichung dieser Vorschriften von denen der Proceßordnung von 1847 ist bereits oben gedacht.

Über die Auslegung der Worte „endlich entscheiden" herrschen verschiedene Ansichten. v. Düring ist der Ansicht, daß darunter eine unbedingt endliche Entscheidung zu verstehen sei, so daß also der auf einen Ergänzungseid statt auf einen Reinigungseid erkennende Berufungsrichter verpflichtet wäre, diesen Ergänzungseid abzunehmen und sodann das Urtheil zu purificiren. Dagegen meint Schmidt: betreffe die Berufung den im

---

also die Bestimmungen für das Verhalten bei Unvollständigkeit des Urtheils ein. — Hiergegen möchte zu erwiedern sein, daß der §. 361 der B. P.=O. die Ergänzung auch im Wege der Berufung für zulässig erklärt.

v. Düring bemerkt ferner: Ebenso kann, wenn der Unterrichter zwar alle Streitpunkte entschieden hat, ohne daß gleichwohl dadurch der Rechtsstreit völlig erledigt wird, nicht wohl davon die Rede sein, daß durch die Abänderung der Entscheidung über einen der Streitpunkte durch den Berufungsrichter allererst die rechtliche Möglichkeit für die eine oder andere Partei entstanden sei, das Erkenntniß auch in den anderen, der Berufung zunächst nicht unterworfenen Streitpunkten anzufechten; hypothetisch d. h. für den Fall des Nichteintritts der Bedingung, von welcher der erste Richter die endliche Entscheidung noch abhängig gemacht hatte, fehlte es der betreffenden Partei gleich anfangs an einem rechtlichen Interesse nicht, ihre etwaigen Beschwerden wider die Entscheidung in allen entschiedenen Punkten geltend zu machen; unterließ sie es, desfalls in einem der Streitpunkte eine selbständige oder adhärirende Berufung zur Hand zu nehmen, so darf der Berufungsrichter, welcher in Beziehung auf einen anderen Streitpunkt reformiren will, nicht auf Grund des §. 422, 2 von Amtswegen die etwaige Beschwerde hinsichtlich jenes Punkts berücksichtigen, sondern muß voraussetzen, daß die Partei hinsichtlich desselben die Entscheidung habe in Rechtskraft übergehen lassen wollen. — Hierin können wir übereinstimmen, finden etwas **Besonderes** darin aber nicht, da wir der im §. 30 näher darzulegenden Ansicht sind, daß der Richter **nie** auf Grund des §. 422 **von Amtswegen** verfahren könne.

§. 395, 2 der B. P.=O. erwähnten Fall und es komme dabei nicht auf Anordnung und Durchführung eines vom Berufungsgerichte selbst vorzunehmenden neuen Verfahrens an, sondern es beziele die Berufung lediglich die Streitfrage, wie der Eid zu normiren? oder ob und welcher Partei ein nothwendiger Eid aufzuerlegen oder welches die Folgen des auszuschwörenden Eides sein sollen? so müsse zwar der Berufungsrichter diese Streitfrage nach §. 423 endlich entscheiden, allein darin scheine keineswegs die Berechtigung und Verpflichtung des Berufungsrichters zu liegen, im Falle einer reformatorischen Entscheidung auch das weitere Verfahren wegen Abnahme des Eides an sich zu ziehen.

Wir glauben weder der einen noch der anderen dieser Ansichten beitreten zu können. Unter der endlichen Entscheidung haben wir hier, wie an anderen Orten, sowohl die unbedingt als bedingt endliche Entscheidung, unter der bedingt endlichen Entscheidung aber nach Maßgabe des §. 301 der B. P.=O. lediglich die einen nothwendigen Eid normirende Verfügung zu verstehen. Diese Ansicht steht denn auch mit dem, die fragliche Lehre beherrschenden Grundgedanken, Vermeidung der Recurrenz an die höhere Instanz, im vollsten Einklange: denn nach §. 301 der B. P.=O. unterliegt die Verfügung, welche das durch Leistung oder Verweigerung des Eides bedingte Erkenntniß lediglich purificirt, der Berufung nicht, oder mit anderen Worten: in Betreff der Zulässigkeit weiterer Berufung steht diese purificatorische Verfügung der unbedingt endlich entscheidenden Verfügung der zweiten Instanz ganz gleich.

Hiernach würden wir den Berufungsrichter, welcher die Norm eines nothwendigen Eides abändert oder an die Stelle des Ergänzungseides den Reinigungseid oder umgekehrt setzt, nicht für verpflichtet halten, weiter zu verfahren, obwohl wir ohne große Bedenken in dieser Beziehung eine Berechtigung des Berufungsrichters anerkennen möchten, wenn die Proceßlage, die Rücksicht auf das andere Streitpunkte bezielende Verfahren, insbesondere dessen Beseitigung und Abkürzung, es angemessen erscheinen läßt, daß das weitere, den nothwendigen Eid bezielende Verfahren vor ihm vor sich gehe. — Auf der anderen Seite kann aber nach der obigen Ansicht der reformirende Berufungsrichter nicht umhin, den nicht nothwendigen Eid vor sich ab=

nehmen zu lassen und dann weiter zu entscheiden. Schmidt argumentirt im Wesentlichen wie wir und können wir seine speciellen Argumente im Wesentlichen durchweg uns zu eigen machen. Derselbe differirt aber insofern, als er alle Eide in den hier fraglichen Beziehungen gleich gestellt wissen will, im Widerspruche mit den gemeinrechtlichen Normen und ohne Anhalt in den Vorschriften der bürgerlichen Proceßordnung. Der §. 301 der B. P.-O. mit seinen Vorschriften über bedingte Fassung und Unzulässigkeit der Berufung betrifft nur den nothwendigen Eid (§. 300 der der B. P.-O.). Die richterliche Verfügung, welche den Schiedseid normirt, ist kein bedingt endlich entscheidendes Urtheil und das auf Grund des Verfahrens über diesen Eid ergehende Urtheil unterliegt der Berufung nach der allgemeinen Vorschrift des §. 392 der B. P.-O., welche in der hier fraglichen Beziehung nur durch die, den nothwendigen Eid betreffende Vorschrift des §. 301 der B. P.-O. modificirt wird. Ganz gewiß dürfte aber daraus, daß der §. 395, 2 der B. P.-O. gegen die den zugeschobenen oder zurückgeschobenen Eid normirende richterliche Verfügung die sofortige Berufung ausnahmsweise zuläßt, nicht folgen, daß die spätere, das weitere Verfahren über den Schiedseid bezielende richterliche Verfügung der Berufung überall nicht unterliege.

IV. Der §. 425 der B. P.-O. enthält eine Ausnahme von der Vorschrift des §. 422, nicht von der des §. 423 der B. P.-O. — Nach der Bestimmung des §. 425 soll der Berufungsrichter, wenn die Berufung gegen Neben- oder Incidentpunkte betreffende Zwischenverfügungen erhoben wurde, diese Streitpunkte zwar vollständig erledigen (§. 423), auf das Verfahren und die Entscheidung der Hauptsache aber nicht eingehen. Es ist ohne besonderes Interesse, den Begriff der Neben- oder Incidentpunkte näher festzustellen; es mag jedoch auf die Vorschriften der §§. 19, 20. 2, 21 des Gesetzes vom 8. Novbr. 1850, die Gebührentaxe in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten betreffend, mit dem Bemerken verwiesen werden, daß diese Nebenpunkte hier nur in sehr beschränkter Weise in Betracht kommen können, weil das Gesetz gegen Zwischenverfügungen überhaupt die sofortige Berufung nur höchst ausnahmsweise zuläßt. — Den bei weitem wichtigsten Nebenpunkt, die Nebenverhandlung des verzögerlichen

Vorbringens, hebt der §. 425 der B. P.=O. ganz besonders hervor, um daran die Bemerkung zu knüpfen, daß der Berufungsrichter das gesammte verzögerliche Vorbringen, also auch die nur eventuell in Betracht kommenden verzögerlichen Einreden zu erledigen habe, so daß innerhalb der Ausnahme wiederum die Regel des §. 422 der B. P.=O. Platz greift. Als Nebenverhandlung faßt das Gesetz nach Vorschrift der §§. 196, 197 und der Überschrift des ersteren Paragraphen aber lediglich die Verhandlung über diejenigen verzögerlichen Einreden, welche das Gericht, die Parteien oder die gerichtliche Geltendmachung des Anspruchs betreffen und diese auch nur unter der Voraussetzung auf, daß dieselbe auf Veranlassung des Beklagten oder auf Anordnung des Gerichts von der Hauptverhandlung abgesondert vor sich geht. Demgemäß fällt alles sonstige verzögerliche Vorbringen bez. das nicht abgesondert verhandelte, das Gericht, die Parteien oder die gerichtliche Geltendmachung des Anspruchs betreffende verzögerliche Vorbringen nicht unter die Ausnahmevorschrift des §. 425, sondern unter die Regel des §. 422 der B. P.=O. Dieses folgt ferner daraus, daß im §. 425 die Nr. 3 des §. 395 der B. P.=O. sich angezogen findet, woraus denn ferner in Übereinstimmung mit dem Hauptsatze des §. 425 zu entnehmen ist, daß die richterliche Verfügung, welche das verzögerliche Vorbringen zuläßt und demgemäß den Kläger angebrachtermaßen abweiset, nicht unter die Ausnahmevorschrift des §. 425, sondern unter die Regel des §. 422 der B. P.=O. fällt, indem jene richterliche Verfügung nicht Zwischenverfügung, sondern Haupturtheil ist (§§. 197, S. 1, 395, 1 der B. P.=O.).

IX. Gemeinschaftlichkeit der Berufung.

§. 28.

Die Berufung ist den Parteien insofern nicht gemeinschaftlich, als der Berufungsrichter berechtigt wäre, die durch Berufung angefochtene richterliche Verfügung zum Nachtheile des Berufungsklägers von Amtswegen abzuändern. Dieser im §. 426 der B. P.=O. ausdrücklich ausgesprochene Satz tritt unserer Ansicht nach mit den Vorschriften des §. 422 der B. P.=O.

auch überall nicht in Widerspruch: denn die Collisionsfälle, welche v. Düring [1]) näher entwickelt und auf künstliche, wenngleich scharfsinnige und im Falle der Noth immerhin gerechtfertigte Art und Weise zu beseitigen versucht hat, bestehen nur unter der nicht zu billigenden Voraussetzung, daß der Berufungsrichter auf Grund des §. 422 der B. P.=O. von Amtswegen verfahren dürfe. [2])

Die Gemeinschaftlichkeit der Berufung besteht dagegen insofern, als der Gegenpartei in einem sehr ausgedehnten Umfange die Befugniß gewährt worden ist, der erhobenen Berufung sich anzuschließen oder mit anderen Worten, gegen das durch Berufung augefochtene Erkenntniß incidenter Beschwerden geltend zu machen (§§. 426, 402—404 der B. P.=O.). [3])

Wir beabsichtigen weder die Rücksichten auf Billigkeit und das materielle Recht, welche die Grundlage dieser letzteren Lehre bilden, darzulegen, noch auch näher zu entwickeln, wie sehr ein ausgedehntes Recht auf Anschließung geeignet ist, die Zahl der Berufungen zu vermindern. Dagegen wird es nicht ohne Interesse sein, auf das Verhältniß dieser Lehre einerseits in der bürgerlichen Proceßordnung von 1847, andererseits in der von 1850 aufmerksam zu machen. — Während nach der letzteren der Berufungsbeklagte incidenter Beschwerden geltend machen darf, gleichviel ob sie mit den in den Berufungsanträgen gestellten zusammenhängen oder nicht, ja selbst der Berufungskläger die Befugniß der Anschließung, wenngleich nur unter der Voraussetzung des Zusammenhangs, hat, gewährt der §. 230 der P.=O. von 1847 lediglich dem Appellaten das Recht, incidenter Beschwerden zu erheben und das auch nur unter der

---

[1]) Magazin IV. S. 181—183.

[2]) Vergl. unten §. 30 und besonders unter 3.

[3]) Von diesem einfachen Gesichtspunkte entfernt sich Ayrer Berufung §§. 51—55 völlig, wenn er — ohne irgend welchen Anhalt im Gesetze oder der gemeinrechtlichen Proceßtheorie — nicht etwa blos die Namen selbständige und adhärirende Berufung gebraucht, sondern beides in systematischen Gegensatz bringt und so nun eine Theorie der adhärirenden Berufung aufbaut. Dadurch werden Zweifel gewonnen, welche lediglich in der überkünstlichen Systematisirung ihren Grund finden und ferner fast durchweg höchst bedenkliche Argumentationen. Wir werden nicht weiter darauf eingehen.

Voraussetzung, daß dieselben diejenigen Streitpunkte, wegen welcher die Berufung verfolgt worden ist, betreffen. — Auf die bedeutende Erweiterung des Rechts der Anschließung mußten zwei specielle processualische Gründe vom gewichtigsten Einflusse sein; die Änderung, welche in den gedachten Beziehungen die neuere gegen die ältere Proceßordnung enthielt, führten fast mit Nothwendigkeit dahin. Der erste dieser Gründe beruht darin, daß das neuere Gesetz die vorbehaltene Beschwerde gegen diejenige richterliche Verfügung verfolgt wissen will, mit welcher dieselbe im entscheidenden Zusammenhange steht, während nach dem älteren Gesetze die vorbehaltene Beschwerde mit dem nächsten Rechtsmittel der Appellation u. s. w. geltend zu machen ist (§. 10). Der zweite der obengedachten speciellen Gründe steht mit der wichtigen Vorschrift des §. 422 der B. P.=O. und der Verschiedenheit der Bedeutung derselben in der einen und anderen Proceßordnung im Zusammenhange; nach dem älteren Gesetze, welches auf dem Grundsatze der Schriftlichkeit beruhte, nicht aber nach dem neueren, auf den Grundsatz der Mündlichkeit basirten Gesetz, konnte der Richter auf Grund der gedachten Vorschriften von Amtswegen verfahren (§. 30).[1])

Die Befugniß, incidenter Beschwerden zu stellen, wird selbstverständlich dadurch bedingt, daß eine Berufung erhoben worden ist. — Der §. 404 der B. P.=O. behandelt zwei hiermit im näheren Zusammenhange stehende Fragen. Die erste derselben bezielt die Zurücknahme der Berufung. Diese soll die Befugniß zur Geltendmachung von Incidentbeschwerden nicht beseitigen unter der doppelten Voraussetzung, daß **erstens vor** erfolgter Zurücknahme der Berufung die betreffenden Anträge, sei es in schriftlicher Mittheilung (Berufungsgegenanträge) oder in dem Verhandlungstermine über die Berufung gestellt sind und **zweitens** die Beschwerden an und für sich und nicht blos mit Rücksicht auf die erhobenen Berufungsbeschwerden sofort geltend gemacht werden können. — Noch ungünstiger stellt sich für den

[1]) Fernere speciell processualische Gründe für eine weite Befugniß der Anschließung lagen wohl in der Subsidiarität der Nichtigkeitsbeschwerde (§. 432 der B. P.=O.) und der Restitutionsklage (§. 445, 1 der B. P.=O.).

Berufungsbeklagten die Sache, wenn die erhobene Berufung als unzulässig (§. 421 der B. P.-O.) verworfen wird. In diesem Falle wird die Anschließung nur aufrecht erhalten, wenn die obige zweite Voraussetzung eintritt und daneben die Incidentanträge vor Ablauf der Berufungsfrist, sei es durch schriftliche Mittheilung oder in dem Verhandlungstermine über die Berufung, gestellt worden sind.

Durch den Umstand, daß der Berufungsbeklagte, bevor ihm von der Erhebung der Berufung Kunde geworden, sich dem angefochtenen Urtheile unterworfen hat, soll ganz in Übereinstimmung mit allgemeinen Grundsätzen, die Gemeinschaftlichkeit der Berufung in der hier fraglichen Beziehung nicht ausgeschlossen werden. Ein Anderes ist es natürlich, wenn der Berufungsbeklagte vor jenem Zeitpunkte auf die Geltendmachung einer bestimmten Beschwerde verzichtet hat.

Die Anschließung kann vor oder nach dem Ablaufe der Berufungsfrist, vor dem Verhandlungstermine oder in demselben bis zum Schlusse der betreffenden Verhandlung erfolgen.

Wir glauben hier der Analogie der Geltendmachung von Einreden folgen zu können. Wie diese durch die Gegenanträge zeitig dem Kläger zur Kenntniß zu bringen sind, widrigenfalls die Kosten des verzögerten Processes dem Beklagten zur Last fallen, wenn der Kläger die sofortige Verhandlung ablehnt (§. 94 der B. P.-O.), so hat auch der Berufungsbeklagte in den Berufungsgegenanträgen der incidenter geltend zu machenden Beschwerden Erwähnung zu thun, widrigenfalls ihm die Kosten zufallen, welche durch die in Folge jener Vernachlässigung etwa veranlaßte Vertagung der Verhandlung erwachsen (§. 403 der B. P.-O.). — Wie Einreden nicht etwa bis zur vollständigen Beendigung des Verfahrens erster Instanz, sondern nur bis zum Schlusse der betreffenden d. h. der zur Geltendmachung der Einreden bestimmten mündlichen Verhandlung vorzubringen sind (§. 204 der B. P.-O.), so werden die Incidentbeschwerden auch nur bis zum Schlusse der betreffenden mündlichen Verhandlungen in der Berufungsinstanz geltend zu machen sein. Sie werden unzeitig erhoben, wenn das Berufungsverfahren nach Vorschrift des §. 423 der B. P.-O. in ein neues Stadium getreten, wenn

z. B. an die Stelle der definitiven Sentenz ein Beweisinterlocut gesetzt oder das gesprochene Beweisinterlocut abgeändert worden ist. Die Sachlage des einzelnen Falls wird hier vielfach maßgebend sein. — Wie aber ferner nach Vorschrift des §. 204 der B. P.-O. im späteren Laufe des Verfahrens erster Instanz Einreden geltend gemacht werden können, jedoch nur unter Beobachtung der Vorschriften der §§. 448, 450 der B. P.-O., wenn sie von der Beschaffenheit sind, daß sie, läge ein rechtskräftiges Erkenntniß in der Mitte, die Restitutionsklage begründen würden, [1]) so wird ein Gleiches auch für die Geltendmachung von Beschwerden mittelst Anschließung gelten müssen, wenn der Gegenstand derselben der Art ist, daß er die Restitutionsklage begründen würde. Wie dieses Resultat durch die Subsidiarität der Restitutionsklage in den Fällen des §. 441, 1—5 der B. P.-O. geboten wird (§. 445, 1 der B. P.-O.), so führt auch das subsidiaire Verhältniß der Nichtigkeitsbeschwerde zur Berufung (§. 432 der B. P.-O.) dahin, die Geltendmachung von Nichtigkeitsgründen mittelst Anschließung in einem späteren Stadium des Berufungsverfahrens nachzulassen. In dem einen wie dem anderen Falle wird jedoch vorauszusetzen sein, daß die Anschließung vor Ablauf der für Erhebung dieser Rechtsmittel gesetzten Fristen erfolgt und die Rechtzeitigkeit nach Vorschrift der §§. 450, 1 bez. 435, 1 nachgewiesen wird.

Es ist bezweifelt worden, ob die Incidentbeschwerden eventuell d. h. für den Fall, daß der Hauptberufung Statt gegeben werden sollte, gestellt werden können; wir sehen nicht ab, aus welchem nur irgend scheinbaren Grunde. [2]) Nirgends in der bürgerlichen Proceßordnung ist die eventuelle Stellung von Beschwerden mittelst Anschließung verboten und konnte nicht verboten werden, ohne mit den, die Lehre von der Berufung, insbesondere der Anschließung selbst beherrschenden Grundprincipien in den schreiendsten Widerspruch zu treten. Daß processualische Rechtsbehelfe eventuell geltend gemacht werden können, bildet ja

[1]) Vergl. auch §. 33.

[2]) Eine nähere und gründliche Erörterung dieses Punktes findet sich im Magazin IV. S. 357—361 (v. Düring).

die weitgreifende Regel; eine große Reihe derselben trägt die Natur der Eventualität ohne Weiteres an sich. Unstreitig kann der Berufungskläger eventuelle Beschwerden stellen, warum sollte der Berufungsbeklagte dieses nicht thun können. [1])

X. Berufungsverfahren.

§. 29.

Der Schlußabschnitt dieser Abhandlung hat sich mit dem Berufungsverfahren, insbesondere mit den besonderen Bestimmungen der §§. 412, 416—419, 420, 428, 429 der B. P.=O. zu beschäftigen.

Wir nehmen den Ausdruck Berufungsverfahren in dem weiteren Sinne, welchen der Ausdruck „Verfahren der ersten Instanz" in der Überschrift des zweiten Theils der bürgerlichen Proceßordnung an sich trägt, so daß dann dort wie hier die Unterabtheilungen sich ergeben:

I. Verfahren bis zum Urtheile.
II. Insbesondere vom Beweise.
III. Vom Urtheile.
IV. Insbesondere vom Ungehorsams=Urtheile.

Wir werden den Stoff, insoweit derselbe überhaupt einer näheren Erörterung bedarf, nach Maßgabe dieser Unterabtheilungen behandeln.

Als allgemeiner Grundsatz gilt nach Vorschrift der §§. 412, 420 der B. P.=O., daß das Berufungsverfahren sich nach den Bestimmungen über das Verfahren erster Instanz richtet, insoweit nicht specielle Vorschriften oder allgemeine Grundsätze, insbesondere die Natur der Sache, das Gegentheil mit sich bringen.

§. 30.

1. Verfahren bis zum Urtheile.

Die §§. 184—192 der B. P.=O. bieten zu näheren Erörterungen hier keine Veranlassung. Theilweise ist der betreffen=

---

[1]) Über die Anschließung im Falle eines Verfahrens auf Ungehorsam vergl. §. 37 dieser Schrift.

den Verhältnisse bereits früher bei der Lehre von der Erhebung der Berufung gedacht, theilweise können sie der Natur der Sache nach nicht in Betracht kommen; im Übrigen bieten sie Schwierigkeiten oder Interesse irgend welcher Art nicht dar.

Der §. 193 der B. P.=O. verweiset wegen der mündlichen Verhandlung auf die Vorschriften der §§. 98 ff., welche die allgemeine Theorie über die mündliche Verhandlung enthalten. Unter den bezogenen Vorschriften ist die bei weitem wichtigste die des §. 101, welche dahin geht:

„Die mündlichen Parteivorträge müssen das ganze Streitverhältniß sowohl seinen thatsächlichen als rechtlichen Beziehungen nach umfassen, und dient in thatsächlicher Beziehung die mündliche Verhandlung als Grundlage für die richterliche Entscheidung, selbst rücksichtlich derjenigen Punkte, welche eine Abweichung von dem durch die Schrift festgestellten Parteivorbringen enthalten.“ [1])

Dieser Vorschrift gegenüber und unter Berücksichtigung des im §. 412 der B. P.=O. ausgesprochenen allgemeinen Grundsatzes scheint die Bejahung der Frage:

ob die Berücksichtigung des thatsächlichen Parteivorbringens der ersten Instanz in der Berufungsinstanz durch Wiederholung desselben in der mündlichen Berufungsverhandlung bedingt sei?

einem Zweifel nicht wohl unterliegen zu können. Nur dann würde die Frage zu verneinen sein, wenn entweder specielle Vorschriften des Gesetzes oder allgemeine Grundsätze das Gegentheil erheischten. Wir gedenken aber im Folgenden nachzuweisen, daß dieses überall nicht der Fall, vielmehr sowohl specielle als allgemeine Gründe für die richtige, aus dem §. 101 der B. P.=O. abfließende Ansicht sprechen.

Die aufgeworfene Frage ist von der allergrößten Bedeutung vorzugsweise mit Rücksicht auf die Bestimmungen des §. 422 der B. P.=O. über die erweiterte innere Competenz des Be=

---

[1]) In enger Verbindung mit dem §. 101 steht die Vorschrift des §. 99, S. 2 der B. P.=O.:

„Eine Bezugnahme auf die schriftlichen Anträge statt mündlichen Vortrages ist unstatthaft.“

rufungsrichters. Der Richter, welcher die Frage verneint, wird z. B. wenn er eine in erster Instanz zugelassene Einrede zurückweiset, eine zweite Einrede, wenn er die zurückgewiesene Klage zuläßt, Einreden überhaupt, gleichviel ob jene zweite Einrede bez. die Einreden überhaupt nur in den Parteianträgen vorgebracht oder auch mündlich verhandelt waren, nur insoweit er dazu durch wenigstens incidenter erhobene Beschwerden und deren Verhandlung veranlaßt ist, zu berücksichtigen haben, nicht also von Amtswegen in dem Sinne des Worts, daß ohne Rücksicht auf mündliches Parteivorbringen auf die Acten der ersten Instanz zurückzugehen wäre.

Folgende specielle Gründe scheinen sehr geeignet zu sein, das Gewicht des Hauptgrundes zu verstärken, indem sie darthun, daß der Gesetzgeber unter Beachtung des letzteren seine Dispositionen traf:

1) Der §. 96 der B. P.=O. sagt:

„Insoweit ein früheres schriftliches Vorbringen im Laufe eines Rechtsstreits (insbesondere in der Rechtsmittel-Instanz) wiederholt in Betracht kommt oder eventuell in Betracht kommen kann, genügt in den späteren Anträgen eine einfache Bezugnahme auf dasselbe."

Diese Vorschrift läßt den Parteien nach, das bereits früher schriftlich fixirte Vorbringen in späteren schriftlichen Anträgen nicht zu wiederholen, verpflichtet dieselben aber, in ihren späteren Anträgen auf jenes Bezug zu nehmen. Diese letztere Vorschrift würde ohne Sinn und Bedeutung, jedenfalls überflüssig sein — was der Ausleger nicht annehmen darf — wenn die Voracten, soviel das factische Parteivorbringen anlangt, entscheidend wären, der Richter auf dieselben recurriren dürfte.

2) Daß die dem §. 422 der B. P.=O. von 1850 correspondirende Vorschrift des §. 233 der B. P.=O. von 1847 in der Art zu verstehen, daß der Berufungsrichter von Amtswegen über die Beschwerdepunkte hinaus zu erkennen habe, soll nicht bestritten werden. Diese Auslegung wird aber nicht sowohl durch die Worte des §. 233, welche wesentlich nur die erweiterte innere Zuständigkeit des Berufungsrichters an und für sich betrachtet bezielen, als durch die allgemeinen Vorschriften des Ge-

setzes, den Grundsatz der Schriftlichkeit und die damit zusammenhängende Bedeutung der Acten erster Instanz gegeben.

Als Mißbrauch historischer Auslegung muß es bezeichnet werden, wenn behauptet worden ist: der §. 422 sei dem §. 233 der B. P.=O. von 1847 im Wesentlichen wörtlich entnommen und nichts liege daher näher, als die Annahme, daß seine Worte auch in dem neuen Gesetze den nämlichen Sinn ausdrücken sollen, den sie in dem älteren wirklich ausgedrückt.[1]) — Zu den ersten Elementen der Auslegung gehört der Satz, daß die einzelnen Vorschriften eines Gesetzes im Geiste und Zusammenhange des Ganzen, dessen Theil sie bilden, zu verstehen, daß insbesondere Vorschriften der speciellen Theile eines Gesetzes nach Maßgabe der Vorschriften des allgemeinen Theils des Gesetzes aufzufassen seien. Das wird völlig übersehen.

Allein dieser Mißbrauch historischer Auslegung tritt auf Grund der folgenden sehr wichtigen Erwägung in noch bedenklicherer Weise hervor. — Die Vorschriften der beiden Proceßordnungen sind allerdings wesentlich gleich, allein ihre Fassung differirt doch in einer sehr wichtigen Beziehung. Während die ältere Proceßordnung sagt:

„Wird einer Beschwerde in der Sache selbst Statt gegeben, so soll der Appellationsrichter sich nicht auf die Erledigung derselben beschränken, vielmehr hat er gleichzeitig eine Entscheidung abzugeben,

a. über alle die Streitpunkte u. s. w."

drückt sich die jüngere so aus:

„Wird die Berufung zulässig und die Beschwerden gegründet befunden, so soll das Berufungsgericht sich nicht auf die Erledigung der letzteren beschränken, vielmehr hat das Verfahren und die Entscheidung sich zu erstrecken:

1) über alle die Streitpunkte u. s. w."

Es ist ein Glück, daß die Äußerung, der Gesetzgeber habe sich durch Nichtbeachtung der Verschiedenheit zwischen beiden Proceßordnungen einer Nachlässigkeit schuldig gemacht, hier überall nicht am Platze ist. Durch Zufall können die durch Druck hervorgehobenen Worte in die B. P.=O. von 1850 doch nicht ge-

---

[1]) Ayrer Berufung S. 139.

kommen sein; zu welchem Zwecke wurden sie denn beigefügt? Die Antwort auf diese Frage liegt nahe: der Gesetzgeber wollte den gerügten Fehlschluß von vorn herein ausschließen; er sprach hier die praktische Folge des §. 101 der B. P.=O. ausdrücklich aus, wie er im §. 451 der B. P.=O. ausdrücklich hervorhob, der Richter habe bei der Beurtheilung der Restitutionsklage auch was in der fraglichen Hinsicht bereits früher vorgebracht worden, wenn und insoweit es von Neuem geltend gemacht werde, zu berücksichtigen. Das eine wie das andere war mit Rücksicht auf das allgemeine Princip des §. 101 der B. P.=O. nicht gerade nöthig, es mochte aber, um Zweifel zu vermeiden, bei den besonderen Verhältnissen des Falls empfehlenswerth erscheinen.

3) Die Vorschrift des §. 426 der B. P.=O. von 1850:

„Die durch die Berufung angefochtene richterliche Verfügung kann zum Nachtheile der dasselbe verfolgenden Partei nur in Folge der Anschließung des Gegners oder einer von diesem erhobenen selbständigen Berufung abgeändert werden"

stimmt mit der des §. 220 der B. P.=O. von 1847:

„Das durch ein Rechtsmittel angefochtene Erkenntniß kann zum Nachtheile der dasselbe verfolgenden Partei (reformatio in pejus) nur in Folge der Anschließung des Gegners (Adhäsion) (§. 230) oder eines von diesem gebrauchten Rechtsmittels abgeändert werden. (Vergl. übrigens §. 233.)"

sachlich überein und kann nicht zweifelhaft sein, daß bei Fassung des §. 426 der B. P.=O. von 1850 die letztere gesetzliche Vorschrift in der Art berücksichtigt wurde, daß ihre Aufnahme mit den erforderlichen bez. wünschenswerthen formellen Änderungen erfolgte. Es besteht aber eine sachliche Differenz; in dem neueren Gesetze sind die Worte: „Vergl. übrigens §. 233" weggelassen, obwohl die betreffende Bestimmung auch in dem §. 422 des neueren Gesetzes sich findet. Wie erklärt sich dieses? wir glauben einfach in folgender Weise: sind die beiden Gesetzen gemeinsamen Vorschriften (§. 233 der B. P.=O. von 1847, §. 422 der B. P.=O. von 1850) so zu verstehen, daß der Richter das eventuelle Vorbringen der ersten Instanz von Amtswegen (in dem obigen Sinne) seiner Entscheidung zu unterziehen hat, so führen sie wenigstens folgeweise zur reformatio in pejus,

ohne daß die Gegenpartei selbst ein Rechtsmittel erhebt oder dem von der Partei erhobenen sich anschließt. [1]) War jenes nun nach dem älteren Gesetze der Fall, so waren die Worte „(Vergl. übrigens §. 233)" ganz an ihrem Platze; sie verloren dagegen alle und jede Bedeutung, wenn die fraglichen Vorschriften so zu verstehen, daß der Richter das eventuelle Vorbringen der ersten Instanz nicht von Amtswegen, sondern nur insofern zu berücksichtigen habe, als darüber auf Grund von Haupt- oder Incidentbeschwerden (Hauptberufung oder Anschließung) in der Berufungsinstanz verfahren worden ist.

Wie gewichtig die bislang berührten Gründe für die richtige Ansicht uns auch zu sein scheinen, so müssen wir doch bei der außerordentlichen theoretischen und praktischen Wichtigkeit der Frage dafür halten, daß es erforderlich sei, diesen Gegenstand noch unter allgemeineren Gesichtspunkten zu betrachten.

I. Es ist erklärlich, daß ein Gesetzgeber für die Ordnung des bürgerlichen Processes dem Grundsatze der Mündlichkeit den der Schriftlichkeit vorzieht; es ist ferner erklärlich, daß ein Gesetzgeber für die erste Instanz dem letzteren, für die zweite Instanz aber dem ersteren Grundsatze den Vorzug giebt; dagegen ist es unerklärlich und bislang unerhört, daß ein Gesetzgeber den umgekehrten Weg einschlägt. — Nun trägt aber die entgegengesetzte Ansicht den Grundsatz der Schriftlichkeit in die zweite Instanz, nicht etwa rein, sondern so verfälscht, daß die größten Inconsequenzen und Verkehrtheiten nicht ausbleiben können.

a. Es genügt nicht, daß der Beklagte in den Gegenanträgen die factischen Voraussetzungen einer Einrede vorträgt. Die mündliche Verhandlung, welche die factische und rechtliche Begründung der Einrede bezielt, muß dem schriftlichen Vorbringen folgen. Warum? weil der Gesetzgeber der Ansicht ist, daß die mündliche Verhandlung eines Streitpunkts vor dem zur Entscheidung desselben berufenen Richter eine größere Gewähr für die Güte der Entscheidung gebe. Und nun, wenn der Berufungsrichter das die Klage abweisende Urtheil erster Instanz aufhebt, soll es nicht erforderlich sein, daß vor ihm über die Einrede

---

[1]) Magazin IV. S. 81—83 (v. Düring).

mündlich verhandelt werde, der Berufungsrichter vielmehr auf die Voracten zurückgehen dürfen! Hat denn etwa der obige den Gesetzgeber bestimmende Grund für die zweite Instanz ein geringeres Gewicht als für die erste Instanz? er hat ein weit größeres.

Man nehme noch den folgenden Fall. Der Beklagte bringt in den Gegenanträgen die Einrede der Arglist vor; nur über die Klage wird verhandelt; das die Klage zurückweisende Urtheil wird mittelst Berufung angefochten; der Beklagte nimmt in den Berufungsgegenanträgen wegen der Einrede der Arglist auf seine Gegenanträge Bezug und bringt daneben eine neue Einrede z. B. die der Zahlung vor. Nun soll es nicht erforderlich sein, wenn die Klage zugelassen wird, daß über die erstere bereits in der ersten Instanz angemeldete Einrede vor dem Berufungsgerichte mündlich verhandelt werde, während dieses rücksichtlich der zweiten Einrede doch nothwendig der Fall sein muß!

b. Der Berufungsrichter soll auf das Parteivorbringen, welches in den Acten erster Instanz sich findet, zurückgehen dürfen. Dasselbe kann enthalten sein in den schriftlichen Parteianträgen, in dem Sitzungsprotocolle, in dem Urtheile. Sitzungsprotocoll und Urtheil sind von höchst untergeordneter Bedeutung. — Das Urtheil, welchem eine vollständige Darlegung der Parteivorträge so wenig wesentlich ist, daß eine Bezugnahme auf den Inhalt der Schriftsätze und etwa zu Protocoll gegebene Erklärungen der Parteien genügen soll (§. 356, 4 der B. P.=O.), kommt hier, wo es sich vorzugsweise um eventuelles Vorbringen handelt, um so weniger in Betracht, als der Richter in dem Urtheile über Streitpunkte nur insoweit sie für die abzugebende Entscheidung in Betracht kommen, zu erkennen hat (§. 344 der B. P.=O.). — Das Sitzungsprotocoll soll nach §. 116 der B. P.=O. den Gang der Verhandlungen im Allgemeinen angeben und ferner, so weit das Parteivorbringen in Frage ist, Abweichungen der mündlichen Vorträge von den schriftlichen Anträgen bez. neues Vorbringen schriftlich feststellen (§§. 102, 95 der B. P.=O. — vergl. auch §. 117). [1]) Hierauf beschränkt sich die processualische

---

[1]) Wegen des amtsgerichtlichen Verfahrens vergl. §. 386 der B. P.=O. und wegen des sonstigen Inhalts der Sitzungsprotocolle Leonhardt Justizgesetzgebung 2. Ausgabe, S. 74, Note 1.

Bedeutung der Sitzungsprotocolle bezüglich des Parteivorbringens. Gerichtsschreiber, welche unter Nichtbeachtung dieser Vorschriften und im bedenklichen Widerspruche mit dem Geiste des Gesetzes, Sitzungsprotocolle zu dem Zwecke führen, um die mündliche Verhandlung thunlichst genau und ausführlich wieder zu geben, fertigen damit Documente an, welche zwar allerlei Zweifel und Wirrwarr veranlassen können, allein processualischer Bedeutung ebenso sehr ermangeln, als jedes beliebige Referat über eine Gerichtssitzung in den Zeitungen. [1]) — Anlangend sodann die schriftlichen

---

[1]) Dieses gilt ganz besonders in Rücksicht auf die Vorschrift des §. 357 der B. P.-O., nach welcher die Darstellung des Thatbestandes im Urtheile durch das Sitzungsprotocoll soll entkräftet werden können. Unter Sitzungsprotocoll kann hier nur das den gesetzlichen Vorschriften gemäß geführte hinsichtlich der verlesenen und genehmigten Bemerkungen verstanden werden. Wie hätte auch der Gesetzgeber möglicherweise dazu kommen sollen, dem von sämmtlichen Richtern als richtig bezeugten Thatbestande die wenngleich vom Gerichtsvorsitzenden ohne Weiteres oder nach erfolgter Correctur genehmigte Sachdarstellung des Gerichtsschreibers vorzuziehen!

Man kann dagegen Bezug nehmen auf den Wortausdruck des §. 357 der B. P.-O.; allein so lange nicht die bürgerliche Proceßordnung außerhalb der allgemeinen Auslegungsregeln steht, werden ihre Worte auch so auszulegen sein, daß sie einen verständigen Sinn geben und mit den wichtigsten Grundprincipien nicht in Widerspruch treten. — Das Gesetz will, daß das thatsächliche mündliche Parteivorbringen fixirt werde. Es wird fixirt durch die schriftlichen Parteianträge und das Sitzungsprotocoll, insofern dieses wesentliche thatsächliche Abweichungen des mündlichen Vortrags von dem schriftlichen Vorbringen bez. neues Vorbringen in sich aufnimmt (§§. 95, 102 der B. P.-O.). Die Authenticität des Inhalts der schriftlichen Anträge steht fest; die zusätzlichen Bemerkungen im oder zum Protocolle sollen verlesen werden. Diesem entsprechend ordnet der §. 116 der B. P.-O., daß das Protocoll den Gang der Verhandlungen im Allgemeinen enthalten solle und der §. 357 der B. P.-O., daß eine Bezugnahme auf . . . etwa zu Protocoll gegebene Erklärungen der Parteien nicht ausgeschlossen sein solle. — Soll das Alles nicht beachtet werden, so wirft man den Grundsatz der Mündlichkeit geradezu über den Haufen und schiebt ihm den Grundsatz der Schriftlichkeit in corrumpirtester Gestalt unter. Dann muß man sagen, wenn das Sitzungsprotocoll vielleicht erst einige Tage nach verkündigtem Urtheile auf Grund minutirter Bemerkungen zu Stande kommt, das Gericht habe ins Blaue hinein geurtheilt. — Es dürfte als eine der ersten Pflichten des Gerichtsvorsitzenden zu bezeichnen sein, mit Strenge darauf zu halten, daß die Gerichtsschreiber die Sitzungsprotocolle den gesetzlichen Vorschriften gemäß führen, daß anlangend das Parteivorbringen nur

Parteianträge, so sind dieselben ihrem Wesen nach von den Parteivorträgen im schriftlichen Verfahren durchaus verschieden. Sie bestimmen nicht den Rechtsstreit, sondern bereiten denselben nur vor. Der Berufungsrichter, welcher auf schriftliche Anträge, als auf die Grundlage seines Urtheils recurrirt, ist stets der Gefahr ausgesetzt, Streitpunkte zu berücksichtigen, von deren Unhaltbarkeit die Partei sich längst überzeugt, auf deren Geltendmachung dieselbe stillschweigend ja selbst ausdrücklich bereits verzichtet hat.

Möge nun aber das schriftliche Parteivorbringen sich darstellen in den schriftlichen Parteianträgen, welche nach ausdrücklicher Vorschrift des §. 93 weitere Auseinandersetzungen der thatsächlichen Verhältnisse und Rechtsausführungen nicht enthalten sollen, oder in den abgerissenen, lediglich zur Vervollständigung der schriftlichen Parteianträge bestimmten Bemerkungen des Sitzungsprotocolls oder in der gedrängten Darstellung des dem Rechtsstreite zum Grunde liegenden Thatbestandes im Urtheile (§. 356, 4 der B. P.-O.) — immer ist dieses eine Darstellung der Streitpunkte, welche durchaus verschieden von der in den Parteischriften des schriftlichen Verfahrens, überall nicht geeignet erscheinen kann, als Grundlage für die richterliche Entscheidung zu dienen.

II. Der Gesetzgeber ordnet in den §§. 236, 473 der B. P.-O. Vortrag eines Richters über den Inhalt der Acten (die Beweisaufnahme, die Parteischriften im schriftlichen Verfahren mit mündlicher Schlußverhandlung) an, er gewährt daneben den Parteien das Recht, diesen Vortrag zu ergänzen bez. zu berichtigen. Die große Bedeutung dieser Vorschriften, als Garantien für richtige Aburtheilung der Streitsache, liegt offen. Sollte es denkbar sein, daß ein Gesetzgeber, welcher davon ausgeht, das in den Voracten enthaltene Vorbringen bedürfe, um berücksichtigt zu werden, einer Verhandlung vor dem Berufungsrichter nicht, — eine gleiche Vorschrift für das Berufungsverfahren nicht ge-

---

Abweichungen desselben im weiteren Sinne von den schriftlichen Parteianträgen auf seine Anordnung aufgenommen, das Aufgenommene aber verlesen werde.

Vergl. auch v. Bothmer Fragmente I. S. 11, 12.

troffen haben sollte, hier wo das Bedürfniß einer solchen Vorschrift mit verstärktem Gewichte eintritt. Das lag ja für den Gesetzgeber um so näher, als er im §. 211 der Strafproceßordnung für das Berufungsverfahren in Strafsachen Berichterstattung durch ein Mitglied des Gerichts angeordnet hatte. — Oder will man vielleicht behaupten, die Vorschrift der Strafproceßordnung müsse nach Grundsätzen der Analogie auf das bürgerliche Rechtsverfahren angewandt werden? Nichts könnte bedenklicher sein, als aus der Strafproceßordnung Analogien für die bürgerliche Proceßordnung zu entnehmen. Allein hiervon ganz abgesehen, ist zu beachten, daß von gleichem Grunde gar nicht die Rede sein kann. Will man einmal im Widerspruche mit dem Wesen eines mündlichen Strafverfahrens Berufung über die Thatfrage gestatten, so müßte man, so weit dieses möglicherweise thunlich, die Verhandlung der ersten Instanz reproduciren. Sieht man auch hiervon ab, so thut man das, um erhebliche Kosten dem Staate, große Belästigungen den Personen zu ersparen, welche das wiederholte Erscheinen von Zeugen, Sachverständigen u. s. w. vor dem Gerichte mit sich führt. Von alle diesem kann aber überall nicht die Rede sein, wenn es im Civilverfahren um Parteivorträge, deren größeren oder geringeren Umfang, sich handelt.

Freilich wenn die obige Frage verneint werden müßte, würde die Anordnung eines Vortrags aus den Voracten nicht allein nach Analogie der Vorschriften der §§. 236, 473 der B. P.-O. als gerechtfertigt, sondern auch als durchaus nothwendig sich darstellen.

III. Man hat die Schwierigkeit einer vollständigen, auch die Eventualitäten umfassenden Darstellung in der Berufungsinstanz in Betracht gezogen und dabei auf Advocaten Rücksicht genommen, welche nicht befähigt seien, klar und geordnet umfassende und verwickelte Verhältnisse darzulegen. Diese Schwierigkeit besteht für die erste wie für die zweite Instanz, für die erstere vielfach in noch verstärkter Maße, weil nicht selten einzelne Streitpunkte durch die Verhandlung erster Instanz bez. durch Vergleich ihre Erledigung finden. Daneben wird ein Gesetzgeber davon ausgehen, daß im Allgemeinen die befähigteren Richter in dem höheren Gerichte Sitz haben und die befähigteren Anwälte vor diesem auftreten.

Auf die hervorgehobene Schwierigkeit muß ein Gesetzgeber Rücksicht nehmen; dieses ist im §. 112 der B. P.=O. sowohl für die erste als die Berufungsinstanz geschehen durch die dem Gerichtsvorsitzenden gewährte Befugniß, die mündliche Verhandlung bezüglich verschiedener Streitpunkte zu trennen. Der mehreren Beschwerden in der Rechtsmittelinstanz ist hier sogar ausdrücklich beispielsweise gedacht. — Hält man hieran fest und nimmt an, daß das Proceßleitungsamt tüchtigen Händen anvertraut ist, so wird die richtige Ansicht um so weniger zur Gefährde gereichen, als der Vorsitzende des Gerichts befugt ist, auf die in Betracht kommenden Punkte aufmerksam zu machen, selbst nach geschlossenem Verfahren unter Wiedereröffnung der Verhandlung. Nicht befähigte Anwälte sind für die mündliche Verhandlung ein großer Übelstand, für die Berufungsinstanz aber kein größeres als für die erste Instanz.

IV. Man hat sich schließlich auf die Vorschrift des §. 414 der B. P.=O. bezogen, nach welcher das Gericht erster Instanz die Voracten dem Berufungsgerichte einzusenden hat. — Allein diese Vorschrift hat auch ihre wichtige Bedeutung, wenn man der von uns vertheidigten Ansicht beipflichtet. Das zeigt sich schon insofern, als der §. 96 der B. P.=O. den Parteien nachläßt, wegen ihres früheren schriftlichen Vorbringens auf die Voracten Bezug zu nehmen, daneben aber ferner in den folgenden höchst wichtigen Beziehungen.

Es handelte sich hier nur um die Vorschrift des §. 101 der B. P.=O. und die Berücksichtigung des in den Voracten befindlichen schriftlichen Parteivorbringens eines mündlich verhandelten Rechtsstreits. Nun kann aber selbst das schriftliche Parteivorbringen ausnahmsweise einen ganz anderen Charakter an sich tragen und die Voracten können gar mancherlei Anderes enthalten als schriftliches Parteivorbringen. Man darf vielleicht sagen: im Allgemeinen haben die Voracten für den Berufungsrichter dieselbe Bedeutung als für den Richter erster Instanz.

Nur nebenbei gedenken wir richterlicher Verfügungen, Urkunden, Protocolle über Augenscheinseinnahme und Eidesleistungen, heben aber Einzelnes näher hervor:

a. Ist das Verfahren der ersten Instanz nicht ein mündliches, sondern ein schriftliches mit mündlicher Schlußverhandlung

(§§. 460 ff. der B. P.=O.) gewesen, so wird im Verhandlungstermine über die Berufung das schriftliche Parteivorbringen, insoweit es eventuell noch in Betracht kommen kann, von einem Gerichtsmitgliede berichtlich vorzulegen sein. Hier entscheidet der §. 473 der B. P.=O.

In gleicher Weise wird es sich verhalten, wenn ein Rechtsstreit in der ersten Instanz nach dem älteren Proceßrechte verhandelt wurde.

b. In den Audienzverhandlungen der ersten Instanz abgelegte, schriftlich fixirte Geständnisse haben für die Berufungsinstanz die gleiche Bedeutung wie für die erste Instanz. Das Wesen und die wichtige Wirkung des gerichtlichen Geständnisses besteht in der Feststellung der Grenzen zwischen dem streitigen und nicht streitigen Theil der gegenseitigen Behauptungen. Diese Wirkung dauert natürlich fort.

In gleicher Weise hat das in den schriftlichen Parteianträgen niedergelegte Geständniß, als solches, die Bedeutung eines Beweismoments für die Berufungsinstanz wie für die erste Instanz.

c. Die Vorschrift des §. 101 der B. P.=O. gilt auch für die Beweisinstanz, insoweit es sich um Parteianträge handelt. Allein die Beweisinstanz umfaßt ein Mehreres als die Verhandlung von Parteianträgen. Für die Beweisaufnahme gelten gleiche bez. ähnliche Normen nicht. Zeugen und Sachverständige können in der Audienz vernommen werden; allein nothwendig ist das nicht. Die Vernehmung derselben kann außerhalb der Audienz erfolgen (§. 272 der B. P.=O.) und schriftliche Begutachtung verordnet werden (§. 277 der B. P.=O.). Insoweit dieses nun aber der Fall, greift der §. 236 der B. P.=O. Platz, nach welcher das mit der Beweisaufnahme beauftragte bez. ein anderes Gerichtsmitglied das Ergebniß der Beweisaufnahme auf Grund der Protocolle (Gutachten der Sachverständigen) in der Audienz vorzutragen hat. — Diese Vorschrift findet unstreitig auch für die Berufungsinstanz Anwendung und ergreift der Natur der Sache nach auch die in erster Instanz über die vor dem Proceßgerichte erfolgte Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen aufgenommenen Sitzungsprotocolle.

Wir dürfen die Erörterungen unter IV. mit der Bemerkung schließen, daß hiernach die Frage, ob der Berufungsrichter ohne

die gerichtlichen Voracten verfahren dürfe, weder allgemein zu bejahen noch allgemein zu verneinen sein möchte; die Proceßlage des einzelnen Falls, insbesondere der Gegenstand der Berufung wird entscheidend sein.

§. 31.

Die Vorschriften der §§. 196, 197 über die Nebenverhandlung derjenigen verzögerlichen Einreden, welche das Gericht, die Parteien oder die processualische Geltendmachung des Anspruchs betreffen, finden im Allgemeinen auch für die Berufungsinstanz Anwendung, jedoch neben der allgemeinen Vorschrift über nachträgliches Vorbringen von Einreden (§. 418, S. 1) nur in beschränktem Umfange (§. 418, S. 2). — Wird gegen das die abgesonderte Verhandlung der gedachten verzögerlichen Einreden erledigende Urtheil Berufung erhoben, so werden allerdings in der Berufungsinstanz ohne besondere Beschränkung Einreden der gedachten Art nachgeholt werden können. Ist der Beklagte dagegen ohne verzögerliche Einreden vorzubringen auf die Hauptsache eingegangen, so wird er ihm bereits früher zustehende und bekannte verzögerliche Einreden der gedachten Art in der Berufungsinstanz nur insoweit geltend machen dürfen, als das Gesetz ein späteres Vorbringen oder eine Berücksichtigung des fraglichen Punkts von Amtswegen gestattet.

In diesem Zusammenhange wird auch der s. g. Formalien des Rechtsmittels der Berufung zu gedenken sein.

Die Unzulässigkeit der Berufung wegen nicht gewahrter Frist oder Geringfügigkeit des Streitgegenstandes ist nach ausdrücklicher Vorschrift des §. 416 der B. P.=O. von Amtswegen nicht zu beachten, vielmehr von der Gegenseite nach Vorschrift der §§. 196, 197 der B. P.=O. im Wege verzögerlicher Einrede geltend zu machen.

Dagegen folgt schon aus dem Gegensatze, außerdem aber aus allgemeinen processualischen Grundsätzen, indem es sich hier um die allgemeine Ordnung des Verfahrens handelt, in Übereinstimmung mit den Regierungsmotiven, daß die Frage, ob eine richterliche Verfügung der Berufung überhaupt bez. der sofortigen Berufung unterliege, von Amtswegen zu berücksichtigen ist.

Ein Gleiches gilt bezüglich der Frage, ob das rechte Berufungsgericht angegangen sei, indem der §. 400, S. 2 der B. P.-O. dieselbe dem Einflusse der Privatwillkür ausdrücklich entzogen hat.

Was sodann schließlich die Vorschriften über Abfassung der Berufungsanträge (§. 13) anbetrifft, so werden dieselben nur insofern, als sie wesentliche sind, auf die Zulässigkeit der Berufung überhaupt Einfluß äußern können.[1]) Als von wesentlicher Bedeutung werden aber Vorschriften nicht sachlichen Inhalts, insbesondere Form- und Fassungsvorschriften nicht angesehen werden dürfen, es wäre denn, daß das Gesetz dieses ausdrücklich vorgeschrieben hätte, was hier jedoch nicht geschehen ist. Hiernach werden Abweichungen von den Vorschriften über die Fassung des Rubrums der Anträge, insbesondere auch die unrichtige Bezeichnung der Gerichtsabtheilung und die fehlende Angabe des den Berufungskläger vertretenden Anwalts, die fehlende Unterschrift desselben, selbst die mangelnde Aufforderung der Gegenseite, vor dem Berufungsgerichte durch einen Anwalt zu erscheinen, als die Zulässigkeit der Berufung berührend nicht angesehen werden können; es sind Fehler, die zu rügen und abzustellen, möglicherweise auch Kosten des verzögerten Processes für den Berufungskläger herbeiführen können.

Wegen des sachlichen Inhalts der Berufungsanträge (§. 405, S. 2 der B. P.-O.) verweisen wir auf die Ausführung im folgenden Paragraphen.

§. 32.

Da das Berufungsverfahren eine Fortsetzung des Verfahrens erster Instanz enthält, so ergiebt sich aus allgemeinen processualischen Grundsätzen, daß die Identität des Rechtsstreits in der Berufungsinstanz nicht verändert werden darf.

Hieraus folgt zuvörderst, daß in der Berufungsinstanz neue Forderungen klagweise nicht geltend gemacht werden können. Der §. 417 der B. P.-O. spricht dieses ausdrücklich aus und bemerkt daneben, daß selbst Nebenforderungen nur insofern, als

---

[1]) Schmidt Magazin IV. S. 329, 330.

sie erst nach verkündetem Urtheile fällig wurden oder entstanden, in der Berufungsinstanz erhoben werden können.

Es folgt aber auch ferner daraus, daß der klagend geltend gemachte Anspruch in der Berufungsinstanz nicht in veränderter processualischer Gestalt erhoben werden kann. Die Begriffe der Klagänderung und Klagverbesserung werden aus den Vorschriften des §. 203 der B. P.=O. zu entnehmen,[1]) die Bestimmung des letzteren §., daß die Klagänderung nicht von Amtswegen zu beachten, sondern vom Beklagten im Wege verzögerlicher Einrede geltend zu machen, aber auf die Berufungsinstanz nicht zu übertragen sein,[2]) weil es sich um ganz verschiedene processualische Verhältnisse — dort um Beginn, hier um Fortsetzung eines begonnenen Rechtsstreits — handelt und den Parteien die Befugniß nicht gewährt, vielmehr im §. 400 S. 2 der B. P.=O. geradezu abgesprochen ist, das Berufungsgericht zum Gerichte erster Instanz zu machen. Diesem entsprechend enthält denn auch der §. 418 der B. P.=O. die Bestimmung: „Eine Veränderung der Klaganträge ist jedoch unzulässig", deren beschränktere Auffassung im Sinne des §. 203 der B. P.=O. schon aus dem äußeren Grunde, daß dann diese Bestimmung ganz überflüssig sein würde, bedenklich erscheinen müßte.

Wie ferner unstreitig in der Berufungsinstanz eine Widerklage nicht erhoben werden kann (§. 14 der B. P.=O.), so wird ein Gleiches auch von der Principalintervention gelten müssen. Diese findet allerdings bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Rechtsstreits, folglich auch in der Zeit, während welcher dieser in der Berufungsinstanz befangen ist, statt, allein hieraus folgt überall nicht, daß die Hauptintervention nun auch in der Berufungsinstanz geltend zu machen sei. Diesem widerspricht vielmehr die selbständige Stellung der Principalintervention und die damit in Verbindung stehende Vorschrift des §. 39 der B.

---

[1]) Demgemäß wird auch die Frage, ob eine in erster Instanz angebrachtermaßen abgewiesene Klage in zweiter Instanz durch neues Vorbringen aufrecht erhalten werden könne? allgemein weder zu bejahen noch zu verneinen sein. Es wird vielmehr darauf zu sehen sein, ob das neue Vorbringen eine Änderung oder Verbesserung der Klage enthält.

[2]) A. M. sind Franke Magazin III. S. 453 und Ayrer Berufung S. 142.

P.=O., wonach die Principalintervention wie jede Hauptklage anzubringen und zu verhandeln ist. Die Realisirung des Einflusses, welchen die Principalintervention auf den Hauptrechtsstreit äußert bez. äußern kann, wird dadurch, daß beide Verfahren vor ein und demselben Gerichte anhängig sind, in keiner Weise bedingt.

Die Frage:

ob und inwieweit eine Abweichung des mündlichen Vorbringens von dem die Berufungsbeschwerden betreffenden Vorbringen der schriftlichen Berufungsanträge (§. 405, 1 und 4 der B. P.=O.) zulässig sei?

ist bereits mehrfach Gegenstand ausführlicher und gründlicher Erörterung gewesen. [1]) Wir glauben aus diesem Grunde uns hier verhältnißmäßig kürzer fassen zu dürfen, obwohl unsere Ansicht mit den bislang vertheidigten nicht vollständig übereinstimmt.

Die schriftlichen Berufungsanträge bilden eine Art der schriftlichen Parteianträge überhaupt (§§. 92 ff. der B. P.=O.); diese sind aber vorbereitender, nicht die mündliche Verhandlung bestimmender Natur; was die schriftlichen Anträge enthalten sollten, darf im Verhandlungstermine ohne weitere Nachtheile nachgeholt werden, als daß die etwaigen Kosten des verzögerten Processes dem säumigen Theile zur Last fallen (§. 94 der B. P.=O.). Dieses wird demgemäß auch hinsichtlich des hier fraglichen Inhalts der schriftlichen Berufungsanträge gelten müssen, insoweit nicht besondere Gründe, welche dann auch für den Umfang der Abweichung bestimmend sein werden, eine abweichende Behandlung erheischen.

Aus der dispositiven Fassung des §. 405 der B. P.=O. „Zur Sache müssen die Anträge enthalten u. s. w.“ wird für unsere Frage nichts zu entnehmen sein; sie findet sich gleichfalls im Eingange des §. 93 der B. P.=O., welcher den Inhalt der schriftlichen Parteianträge im Allgemeinen angiebt, und hat ihre

---

[1]) v. Düring Magazin III. S. 96 ff. — Vezin Magazin IV. S. 67 ff. — Schmidt Magazin IV. S. 324 ff. — Ayrer Berufung §. 28. — Vgl. auch v. Bothmer Fragmente I. S. 20, 21.

vollkommene Berechtigung für den an und für sich betrachteten Inhalt des einen wie des anderen Paragraphen.

Man hat sich auf die Vorschrift des §. 203 der B. P.=O. über Verbesserung und Änderung der Klaganträge gestützt, so daß die Stellung neuer bez. veränderter, nicht aber verbesserter Berufungsbeschwerden in der mündlichen Berufungsverhandlung als unzulässig sich darstellen würde. — Wir möchten jedoch Bedenken tragen, dieser Ansicht uns anzuschließen. Wenn es auch unbedenklich sein mag, von „Berufungsklägern" und „Berufungsbeklagten" zu sprechen, so kann doch die Berufung als eine Klage nicht angesehen werden, ja es kann selbst das nicht einmal behauptet werden, daß zwischen Klage und Berufung eine solche Ähnlichkeit bestehe, wie zwischen Klage und Einrede, Replik u. s. w. (Reus excipiendo fit actor.) Insbesondere wird für eine solche Gleichstellung aus den Eingangsworten des §. 405 der B. P.=O. ein Argument nicht zu entnehmen sein: denn es wird nur gesagt, Berufungen seien wie Klagen zu erheben. Dem tritt aber hinzu, daß die betreffende Vorschrift des §. 203 der B. P.=O. über Änderung der schriftlichen Klaganträge in der mündlichen Verhandlung, wie auch die Regierungsmotive anerkennen, insofern aber auch nur insoweit, als die Klage zur Zeit der mündlichen Verhandlung mit Wirksamkeit noch hätte erhoben werden können, eine Abweichung von dem Grundsatze der Mündlichkeit enthält. Wenn nun ferner noch erwogen wird, daß die Proceßverhältnisse insofern ganz verschiedene sind, als das durch Änderung der Klage zu Erreichende regelmäßig durch neue Klage, das durch Änderung der Berufungsbeschwerde zu Erreichende weder durch neue Berufung noch auf anderem Wege regelmäßig zu erreichen steht, so dürfte die analoge Berücksichtigung der betreffenden Vorschrift des §. 203 der B. P.=O. selbst dann großen Bedenken ausgesetzt sein, wenn zwischen Klage und Berufung eine größere Ähnlichkeit bestände, als wir annehmen zu dürfen glauben.

Können nun aber auch die Vorschriften über Verbesserung und Änderung der schriftlichen Klaganträge als für die obige Frage entscheidend und bestimmend nicht angesehen werden, so ist doch schon nach den Vorschriften des §. 402 der B. P.=O. gar nicht zu verkennen, daß ein Abweichen des mündlichen Vor=

bringens von dem Inhalte der schriftlichen Berufungsanträge über die Berufungsbeschwerden allgemein und unbeschränkt nicht statthaft sein kann: denn unter dieser Voraussetzung würden die den Berufungskläger in der Befugniß, mittelst Anschließung Beschwerden geltend zu machen, beschränkenden Vorschriften des §. 402 der B. P.=O. völlig bedeutungslos erscheinen.

Entscheidend greift nun aber der, unstreitig auch in dem bürgerlichen Proceßrechte unseres Landes (§§. 408, 411 der B. P.=O.) anerkannte Grundsatz des allgemeinen Actionenrechts ein, daß das Urtheil erster Instanz, insoweit dasselbe nicht durch ein ordentliches Rechtsmittel vor Ablauf der für Erhebung desselben angeordneten Frist angefochten ist, die Rechtskraft beschreitet. Demgemäß wird also der Berufungskläger nach Ablauf der Berufungsfrist — abgesehen von der Befugniß, connexe Beschwerden incidenter geltend zu machen — in der mündlichen Verhandlung von dem Inhalte der schriftlichen Berufungsanträge nur insoweit abweichen können, als das neue Vorbringen nicht auf eine Aufhebung der eingetretenen Rechtskraft des Urtheils führt, es wäre denn, daß der Gegner die weitergehende Abweichung nicht rügte. Diese letztere Beschränkung ist aber nicht dem §. 203, sondern dem §. 416 der B. P.=O. zu entnehmen, indem nach diesem letzteren §. die Unzulässigkeit der Berufung wegen nicht gewahrter Frist nicht von Amtswegen zu beachten, sondern von der Gegenseite nach Vorschrift der §§. 196, 197 der B. P.=O. im Wege verzögerlicher Einrede geltend zu machen ist.

Hiermit ist ein sehr bestimmtes und insbesondere für die Geltendmachung der vorbehaltenen Beschwerden sehr wichtiges Princip gewonnen, welches in seiner Anwendung auf den einzelnen Fall besonderen Schwierigkeiten auch nicht unterliegen möchte. Es wird sich hier um Auslegung der schriftlichen Berufungsanträge handeln, in welcher Beziehung wir nur die allgemeinere Bemerkung hervorheben, daß nach Auslegungsregeln die allgemein gehaltene Erklärung, gegen ein Urtheil werde Berufung erhoben, neben speciellen, nur einen Theil des Urtheils umfassenden Beschwerden ohne sachliche Bedeutung bleiben muß. Wird z. B. gegen ein Urtheil, welches die Hälfte des Anspruchs unbedingt abweiset, die Zuerkennung der anderen Hälfte aber

von einem nothwendigen Eide abhängig macht, oder gegen ein Urtheil, welches Klage und Wiederklage erledigt, die Beschwerde im ersteren Falle gegen die zweite Entscheidung, im zweiten Falle gegen die erste Entscheidung in den schriftlichen Berufungsanträgen gerichtet, so können in der mündlichen Verhandlung die Berufungsbeschwerden im ersteren Falle nicht gegen die erste, im letzteren Falle nicht gegen die zweite Entscheidung erweitert werden, sollte auch in den schriftlichen Berufungsanträgen allgemein gesagt sein, die Berufung werde gegen das betreffende Urtheil erhoben.

Der obige Grundsatz — welcher eine Abweichung von dem Principe der Mündlichkeit ebensowenig enthält, als die Unzulässigkeit der Klageänderung in der mündlichen Verhandlung, insofern zu der letzteren Zeit die Klage mit Wirksamkeit nicht mehr hätte erhoben werden können — erleidet jedoch in Folge der Subsidiarität der außerordentlichen Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde und der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (§§. 432, 445, 1 der B. P.-O.) eine Ausnahme, welche dem Grundsatze selbst sich ganz consequent anschließt. Auch nach dem Ablaufe der Berufungsfrist werden neue Beschwerden insofern erhoben werden können, als der Gegenstand derselben die Nichtigkeitsbeschwerde oder die Wiedereinsetzung begründen würde. Hier tritt insoweit das ordentliche Rechtsmittel der Berufung an die Stelle jener außerordentlichen Rechtsmittel und richtet sich nach den besonderen, die letzteren Rechtsmittel betreffenden Vorschriften. Insbesondere wird also die Stellung derartiger neuen Beschwerden innerhalb der für die Erhebung der außerordentlichen Rechtsmittel bestimmten Fristen erfolgen müssen und die Rechtzeitigkeit nach Vorschrift des §. 450, bez. 435, 1 der B. P.-O. nachzuweisen sein. Es handelt sich um dieselben Grundsätze, welche bereits im §. 28 für die zeitige Erhebung von Incidentbeschwerden zur Anwendung gebracht wurden.

Man hat ferner behauptet, daß die Vorschriften des §. 405, 2 und 3 der B. P.-O., nach welchen die Berufungsanträge eine genaue Angabe der einzelnen neuen Thatsachen, so wie das Angebot der neuen Beweise enthalten sollen, in der Art bestim-

mender und wesentlicher Natur seien, daß neues Vorbringen in der mündlichen Verhandlung für unzulässig zu erachten. — Wenn nun auch hier die Eingangsbetrachtungen im vorigen Absatze Platz greifen und besondere Gründe, welche eine Abweichung zu rechtfertigen vermöchten, nicht ersichtlich sind, so wird die Vorschrift des §. 94 der B. P.=O. in der hier fraglichen Beziehung eine Beschränkung nicht erleiden können. Dieses Resultat scheint nach dem Satze, daß eine Ausnahme die Regel bestärkt, um so sicherer zu sein, als einerseits der §. 448 der B. P.=O. vorschreibt, daß die schriftlichen Restitutionsanträge die Antretung der auf die einzelnen Restitutionsgründe bezüglichen Beweise enthalten sollen, andererseits aber der §. 450 der B. P.=O. ausdrücklich bestimmt, daß der Restitutionskläger zum Beweise seines neuen Vorbringens von den überhaupt zulässigen Beweismitteln nur die von ihm in den schriftlichen Anträgen bestimmt namhaft gemachten benutzen dürfe. — Übrigens ist soviel selbstverständlich, daß neues Vorbringen in der mündlichen Verhandlung nicht dahin führen kann, eine nach den obigen Betrachtungen unzulässige Beschwerde zu einer zulässigen zu machen. Eine Ausnahme von dem Hauptsatze wird hierdurch jedoch nicht begründet.

§. 33.

Der §. 418 der B. P.=O. sagt im ersten Satze, daß es jeder Partei frei stehe, durch Vorbringen neuer Thatsachen, insbesondere neuer Einreden, Repliken und Dupliken die aufgestellten Beschwerden zu begründen oder zu bestreiten.

Wir haben diesen Satz in Betreff der Klage bereits geprüft und gefunden, daß derselbe insoweit eine Abweichung von den Normen des gemeinrechtlichen Processes nicht enthalte. Desto erheblicher sind diese Abweichungen in Betreff der Einreden, Repliken u. s. w. Es kann ebensowenig zweifelhaft sein, daß neues Vorbringen nicht blos zur Unterstützung der Beschwerden zulässig ist, sondern Beschwerden auch lediglich und allein auf neues Vorbringen gestützt werden können, als daß die Zulässigkeit des neuen Vorbringens dadurch nicht bedingt wird, daß es zu einer Zeit entdeckt bez. entstanden ist, wo davon in erster Instanz nicht mehr Gebrauch gemacht werden konnte.

Dieser letztere Satz erleidet jedoch nach Vorschrift des §. 417, 1 der B. P.-O. eine Ausnahme. Zur Compensation geeignete Forderungen können klageweise überall nicht, einredenweise bez. repliken- und duplikenweise aber nur dann geltend gemacht werden, wenn sie zu einer Zeit entdeckt worden bez. entstanden, wo sie in erster Instanz nicht mehr geltend gemacht werden konnten. In dieser Beziehung sollen dann die Vorschriften der §§. 448, 450 analoge Anwendung finden. Von den bezogenen Vorschriften heben wir zweierlei besonders hervor: 1) Die Zeit der Entdeckung oder des Entstehens der compensablen Forderung bez. der nach Maßgabe des §. 450, 1 der B. P.-O. zu führende Nachweis derselben hat für die Frage Bedeutung, ob die compensable Forderung in der Berufungsinstanz überhaupt geltend gemacht werden kann, was der Fall nicht ist, wenn jener Zeitpunkt in eine Zeit fällt, wo dieselbe in erster Instanz noch geltend gemacht werden konnte.[1]) Es kommt deshalb weniger auf die Feststellung des bestimmten Zeitpunkts der Entdeckung bez. des Entstehens der Forderung als auf die Nachweisung an, daß jener Zeitpunkt nicht in den früheren Zeitraum fällt, was für die Normirung des nach §. 450, 1 zulässigen Eides von Interesse ist. — 2) Wenn sodann nach §. 450, 3 der B. P.-O. vertheidigungsweise neue Thatumstände, insofern solche nur das neue Vorbringen und den Einfluß desselben auf das Erkenntniß betreffen, vorgebracht werden können, gleichviel ob sie zur Zeit der Erstinstanz-Verhandlung bereits bekannt waren, oder nicht, so werden auch in der Berufungsinstanz gegen compensable Forderungen vertheidigungsweise compensable Forderungen geltend zu machen sein, gleichviel ob sie der vorbrin-

---

[1]) Ayrer Berufung S. 73 meint dagegen: „Die Berufungsanträge müssen, wenigstens so weit sie die nachträglich geltend zu machenden compensablen Forderungen betreffen, innerhalb zweier Monate, von dem Tage an gerechnet, an welchem dieselben entstanden bez. entdeckt sind, dem Gegner behändigt werden, auch wenn im Übrigen die eigentliche Berufungsfrist später ablaufen sollte." Zu dieser u. A. n. sehr unnatürlichen Ansicht kann man wohl nur kommen, wenn man nicht beachtet, daß nach Vorschrift des §. 417, 1 der B. P.-O. die betreffende Vorschrift des §. 450, 1 analoge Anwendung finden soll.

Vergl. auch §. 242 der B. P.-O. von 1847.

genden Partei zur Zeit der Erstinstanz-Verhandlung bekannt waren oder nicht.

Die Schlußvorschrift des §. 418 der B. P.-O. ist bereits im §. 2 ihrer Bedeutung nach im Zusammenhange mit anderweiten Vorschriften über das Rechtsmittel des Einspruchs gedacht worden. Sie enthält nur scheinbar eine Ausnahme von der allgemeineren Vorschrift des ersten Satzes des §. 418 und würde vielleicht richtiger ihren Platz im §. 166 der B. P.-O. gefunden haben.

Es fragt sich schließlich, ob neue Einreden, Repliken u. s. w. in der Berufungsinstanz auch nach der Beendigung der betreffenden d. h. derjenigen mündlichen Verhandlung, in welcher sie dem regelmäßigen Proceßgange nach zu verhandeln waren, geltend gemacht werden können?[1] Diese Frage wird zu bejahen sein, gleichviel ob es sich um nach dem gedachten Zeitpunkte neu entdeckte oder neu entstandene Einreden u. s. w. handelt. Rücksichtlich neu entdeckter Einreden 2c. ist der §. 204 der B. P.-O. jedenfalls durchschlagend, aber auch wohl rücksichtlich neu entstandener Einreden. Wir möchten nämlich in Übereinstimmung mit den gemeinrechtlichen Proceßnormen, deren Beschränkung überall nicht in Frage sein konnte, und in fernerer Übereinstimmung mit der analogen Vorschrift des §. 417, 1 der B. P.-O. der Ansicht sein, daß die jedenfalls nicht direct, sondern nur analog in Betracht kommende Vorschrift der Nr. 4 des §. 444 der B. P.-O. für den §. 204 nur ihrem Grundgedanken nach, nicht aber in derjenigen besonderen Gestalt, welche sie dem außerordentlichen Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegenüber erhalten mußte, zur Anwendung kommen dürfe. Diese Ansicht empfiehlt sich auch in legislativer Beziehung, indem dadurch Berufungen vermieden werden; nach der gegentheiligen Ansicht kann es sehr leicht dahin kommen, daß die Berufung lediglich behuf Geltendmachung nach dem Schlusse der betreffenden mündlichen Verhandlung, aber vor dre Beendigung der Erstinstanz-Verhandlung entstandener Einreden u. s. w. zur Hand genommen werden muß. — Sollte aber auch diese Auslegung des §. 204 der B. P.-O. nicht die richtige sein, so würde

[1]) v. Düring Magazin IV. S. 363 ff.

unserer Ansicht nach dennoch die Bejahung der obigen Frage in Betreff neu entstandener Einreden u. s. w. nach Grundsätzen der Analogie um so mehr gerechtfertigt erscheinen, als entgegengesetzten Falls die Geltendmachung der obigen Einreden u. s. w. überall nicht weiter thunlich sein würde, weil der §. 575 der B. P.-O. die Geltendmachung von Einwendungen gegen rechtskräftige Urtheile in der Zwangsvollstreckungs-Instanz auf solche beschränkt, welche eine nach dem zu vollziehenden Urtheile eingetretene Tilgung oder Stundung bezielen.

§. 34.

Unter dem schriftlichen Vorverfahren, welches nach Vorschrift des §. 419 der B. P.-O. nur im Falle neuen thatsächlichen Vorbringens und auch insoweit nur höchst ausnahmsweise gestattet werden soll, werden beide Arten des Verfahrens in Ausnahmsfällen, nicht allein also das außergerichtliche schriftliche Vorverfahren, sondern auch das schriftliche Verfahren unter Leitung eines beauftragten Richters zu verstehen sein: denn in dem zu den Vorschriften über das Verfahren in Ausnahmsfällen (§§. 207 ff. der B. P.-O.) gehörenden §. 214 wird dieses letztere sowohl in der Überschrift als im Texte als schriftliches Vorverfahren bezeichnet. Diese Ansicht steht auch mit den allgemeinen Grundsätzen, welche für den Gesetzgeber bei Anordnung der beiden Ausnahmeverfahren bestimmend waren, im vollsten Einklange.

Übrigens wird dem Gegenstande dieses §. nur eine sehr geringe praktische Bedeutung beizumessen sein, da selbst bezüglich der Erstinstanz-Verhandlung ein Bedürfniß für Anordnung der zweiten Art des Ausnahmeverfahrens so wenig hervorgetreten ist, daß dieselbe bei mehreren Gerichten auch noch nicht einmal erfolgt ist.

§. 35.

2. Insbesondere vom Beweise.

Indem wir wegen des für diesen Abschnitt des Berufungsverfahrens Platz greifenden allgemeinen Grundsatzes auf die Schlußbemerkung des §. 29 verweisen, heben wir im Einzelnen Folgendes hervor:

I. In einem schriftlichen Aufsatze, welcher zur Zeit nicht mehr zu Gebote steht und dessen Argumentationen dem Gedächtnisse entschwunden sind, erinnern wir uns, die Frage als zweifelhaft behandelt gelesen zu haben, ob und inwieweit der Berufungsrichter ein Beweisinterlocut abzugeben habe. Wir finden keine Gründe, welche in dieser Beziehung eine Abweichung von den für die erste Instanz entscheidenden Grundsätzen zu rechtfertigen vermöchten. Wie der Berufungsrichter, wenn er findet, daß nicht definitiv, sondern auf Beweis zu erkennen bez. daß die Beweislast oder der Beweissatz anders zu regeln gewesen sei, ein Beweisinterlocut bez. ein richtigeres Beweisinterlocut zu erlassen hat, so wird er auch, wie in gleicher Lage der Richter erster Instanz, auf Beweis des nicht feststehenden relevanten neuen Vorbringens zu erkennen haben. Dagegen hat der Berufungsrichter ebensowenig als der Richter erster Instanz ein Beweisinterlocut zu erlassen erstens in den einzelnen Fällen, wo ohne Beweisinterlocut verfahren werden soll (vergl. z. B. §§. 197, 484 der B. P.-O.), zweitens im Falle des anticipirten Beweises, insofern die Parteien ausdrücklich erklären, weitere Beweise (Gegenbeweise) nicht vorbringen zu wollen (§. 220 der B. P.-O.).

II. Die Vorschriften über das Beweisverfahren im Allgemeinen (§§. 223—236 der B. P.-O.) geben etwa nur zu der Bemerkung Veranlassung, daß die Bestimmung des §. 224, nach welcher die Beweisaufnahme, insofern sie nicht vor dem Proceßgerichte selbst erfolgt, vor einem Mitgliede desselben oder einem Amtsgerichte vor sich gehen soll, für den Fall, daß das Oberappellationsgericht Berufungsgericht ist, nicht dahin zu erweitern, daß ein Obergericht mit der Beweisaufnahme beauftragt werden könne: denn nicht allein würde es für eine solche Abweichung an jedem besonderen Grunde fehlen, sondern die Erweiterung auch durch ein praktisches Bedürfniß nicht gerechtfertigt werden können.

Der Vorschrift des §. 236 der B. P.-O. und ihrer Bedeutung für das Berufungsverfahren ist bereits im §. 30 gedacht worden.

III. Die Frage, ob bereits in der ersten Instanz vernommene Zeugen über den Gegenstand ihrer früheren Vernehmung in der Berufungsinstanz wiederholt zu vernehmen, ist ein-

fach nach den Vorschriften des §. 270 der B. P.=O., sowie die Frage, ob bereits in der ersten Instanz zugezogene Sachverständige über denselben Gegenstand wiederholt zu vernehmen bez. ob die Begutachtung durch dieselben zu wiederholen, nach den Vorschriften der §§. 278 bez. 279 der B. P.=O. für jeden einzelnen Fall zu beantworten. — Dieses kann auch um so weniger einem begründeten Zweifel unterliegen, als der erste Satz des §. 418 der B. P.=O. die Benutzung neuer, nicht der bereits in erster Instanz vorgebrachten Beweismittel betrifft.

IV. Der Beweis neuer Thatsachen, insbesondere neuer Einreden, Repliken und Dupliken, steht, was die Beweismittel anlangt, ganz unter den betreffenden Vorschriften für das erste Verfahren und wird durch die Disposition des ersten Satzes des §. 418 der B. P.=O. gleichfalls nicht berührt. Doch ist hier nach Anleitung der im zweiten Satze des letztgedachten §. enthaltenen Verweisung auf die Vorschrift des §. 445 unter 3 der B. P.=O. hervorzuheben, daß, wenn und insoweit die Restitutionsgründe des §. 444 unter 1—3 in der Berufungsinstanz in Betracht kommen, die Eideszuschiebung über die der Gegenpartei selbst Schuld gegebene rechtswidrige Handlung unzulässig sein soll.

V. Nach dem §. 418, S. 1 der B. P.=O. steht es jeder Partei frei, durch Benutzung neuer Beweismittel die Erheblichkeit der aufgestellten Beschwerden zu begründen oder zu bestreiten. — Diese Vorschrift enthält, auf den früheren Rechtszustand gesehen, eine Erweiterung der Zulässigkeit des neuen Vorbringens für die Berufungsinstanz, deren Bedeutung nicht wohl zweifelhaft sein kann, wenn man sich auf den Standpunkt des Gesetzgebers gegenüber dem früheren Rechtszustande und den bestehenden doctrinellen und legislativen Streitfragen stellt. Zuvörderst sind neue Beweismittel nicht bloß zur Unterstützung von Beschwerden zulässig, sondern es können Beschwerden lediglich und allein auf neue Beweismittel gegründet werden. Das Gesetz spricht ausdrücklich von Begründung oder Bestreitung aufgestellter, nicht durch das Urtheil zugefügter Beschwerden. — Sodann sind neue Beweismittel zulässig, auch wenn sie bereits zur Zeit der Beweisantretung in erster Instanz dem Beweisführer bekannt und zur Verfügung waren. Darin liegt eine

Beschränkung der Eventualmaxime, der Präclusivkraft der Beweisfrist. — Dagegen würde man nur im Widerspruche mit allgemeinen Grundsätzen und ohne in den historischen Verhältnissen irgend welchen Anhalt zu finden, behaupten können, daß durch die Vorschrift des ersten Satzes des §. 418 Beweismittel zulässig würden, welche für die erste Instanz, sei es nach der eingeleiteten Proceßart, sei es an sich, sei es insbesondere wegen des Verhältnisses zu anderen Beweismitteln unzulässig wären. Man wird vielmehr, wie es scheint, ohne Bedenken den allgemeinen Satz aufstellen dürfen, daß neue Beweismittel in der Berufungsinstanz insoweit Berücksichtigung finden müssen, als ihnen diese in der ersten Instanz hätte zu Theil werden können, wenn nicht die Hauptvorschrift des §. 242 der B. P.=O. über Beschränkung des nachträglichen Vorbringens für die Instanz bestände.

Wir heben insbesondere hervor:

1) In der Berufungsinstanz können neue Zeugen vernommen werden, wenngleich in erster Instanz über denselben Gegenstand bereits Zeugen vernommen waren. Hierin liegt eine Abweichung von der besonderen Vorschrift der Clem. 2. de testibus (2, 8).

2) In der Berufungsinstanz können behuf Wiederholung des Gutachtens neue Sachverständige zugezogen werden, jedoch nur in dem im §. 279 der B. P.=O. vorgesehenen Falle, daß beide Parteien darüber einverstanden sind oder das Gutachten dunkel oder unverständlich, oder nicht alle Punkte, auf welche der Antrag der Parteien gerichtet war, umfassend ist. Diese Beschränkung wird durch die Natur des in dieser Beziehung von den Zeugen sehr wesentlich verschiedenen Beweismittels ohne Weiteres gegeben (§. 275 der B. P.=O.); auch in erster Instanz würden, selbst wenn die Vorschrift des §. 242 der B. P.=O. nicht bestände, andere Sachverständige nicht zugezogen werden können.

Übrigens braucht kaum hervorgehoben zu werden, daß der Berufungsrichter nach Vorschrift des §. 280 der B. P.=O. von Amtswegen Sachverständige zuziehen kann, gleichviel ob der Richter erster Instanz dieses bereits gethan oder nicht.

3) Der §. 290 der B. P.=O. sagt: „Wider den geleisteten Eid ist kein Gegenbeweis zulässig", fügt aber hinzu: „vergleiche

jedoch §§. 444, 445". Dieser Zusatz bedeutet, wenn man die hier einschlagenden Vorschriften der beiden gedachten Paragraphen vergleicht: es kann im Wege der überhaupt zulässigen Wiedereinsetzung durch schriftliche Urkunden, welche entweder neu entdeckt sind oder, wenngleich früher bekannt, doch zeitig nicht herbeizuschaffen waren (§. 444, 5 der B. P.=O.), der Beweis durch Eid elidirt werden, es wäre denn, daß das Gegentheil dessen, was durch die neueren Urkunden dargethan werden soll, im früheren Verfahren durch Wahrheitseid der Gegenpartei festgestellt worden wäre. — Die hier entscheidende Vorschrift des §. 445, 2 wird im §. 418, S. 2 zur analogen Anwendung angezogen; demgemäß sagt der §. 290 der B. P.=O. für die Berufungsinstanz: wider den geleisteten Eid ist kein directer Gegenbeweis zulässig mit Ausnahme des Falls, daß es sich einerseits um schriftliche Urkunden, welche erst nach erfolgter Annahme des Eides (vergl. §. 296 der B. P.=O.) neu entdeckt bez. herbeizuschaffen waren, andererseits aber um einen Eid handelt, welcher nicht Wahrheitseid ist.

4) Man hat bezweifelt, ob die Vorschrift des §. 296 der B. P.=O., welche dahin lautet:

> „Der vom Delaten angenommene Eid kann nur im Falle des §. 242 unter 2 durch andere Beweismittel ersetzt werden"

auch für die Berufungsinstanz gelte. Gegen ein Urtheil des großen Senats des Celler Obergerichts, welches die Ersetzung eines principaliter zugeschobenen und angenommenen Eides durch Zeugen für unzulässig erklärte, hat die Oberstaatsanwaltschaft die Nichtigkeitsbeschwerde im Interesse des Gesetzes ergriffen, jedoch ohne Erfolg. [1]) Wir glauben, daß die Nichtigkeitsbeschwerde mit Recht verworfen ist und dürfen bei der Wichtigkeit der Sache auf die Frage etwas näher eingehen.

Die Argumentationen der Oberstaatsanwaltschaft sind in folgender Weise wiedergegeben:

---

[1]) Die nähere Darlegung im Magazin IV. S. 250 ff. — Die Seite 253 unter 3 befindliche Argumentation des Civilcassationssenats ist schwer verständlich, was wohl darin seinen Grund haben mag, daß der Satz durch Druckfehler gelitten hat; dem Inhalte der Redactionsnote S. 254 ff. treten wir bei.

1) Der §. 296 der B. P.=O. sei nach seiner ganzen Stellung im II. Theile der P.=O. nur für die erste Instanz gegeben und wenn im §. 412 auch die Anwendbarkeit der betreffenden Vorschriften auf die Berufungsinstanz angeordnet sei, so heiße das nur so viel, daß, wenn in letzterer auch eine Eidesdelation vorkomme, der §. 296 auch hier seine Anwendung finden solle. Zu diesem Resultate müsse man um so mehr kommen, als

2) der §. 412 die Vorschriften des Th. II. nur mit den Einschränkungen, welche in den §§. 413—419 enthalten seien, auf die Berufungsinstanz angewandt wissen wolle, nun aber der §. 418 ganz generell die Benutzung neuer Beweismittel zur Motivirung der Beschwerden gestatte, ohne dabei des Falls des §. 296 als eines Ausnahmefalls zu gedenken. Im Gegentheil, die im §. 418 anzutreffende Verweisung auf §. 445, 2, wonach ein Gegenbeweis nur gegen einen bereits ausgeschworenen Eid ausgeschlossen sein solle, beweise ausdrücklich, daß der Fall des §. 296, der von einem lediglich erst angenommenen Eide handle, keine Ausnahme von jener Regel des §. 418 bilden solle;

3) die Verweisung des §. 242, 2 deutet auch darauf hin, daß jener nur von der Wirkung der Annahme des Eides „für die Beweisinstanz" rede, da ja der §. 242 in seinem Eingange prononcire, daß seine Vorschrift nur für die Beweisinstanz geltend sein solle, während eine solche Verweisung von einem inneren Zusammenhange beider §§. zeuge. Dieser Auffassung des §. 296 stehe auch nicht etwa

4) die Natur eines acceptirten Eides, als einer species transactionis, entgegen, da, wenn man ihm nach jetzigem Proceßrechte jene Natur auch noch überall zugestehen könnte, derselbe specielleren Bestimmungen gegenüber doch nicht durchschlagen könne. Wohl aber

5) spreche der Umstand gegen die entgegengesetzte Auffassung, daß dann dieselben Grundsätze auch von der eventuellen Eidesdelation gelten müßten, woraus weiter folgen würde, daß der Product es ganz in seiner Gewalt hätte, durch eine ihm unverwehrte sofortige Acceptation des eventuell deferirten Eides das für die Berufungsinstanz gesetzlich zugesicherte beneficium novorum gänzlich zu vereiteln, welche Erscheinung man mit der Vorschrift des §. 418 schwerlich würde vereinigen können.

Gegen diese Argumentationen möchte jedoch das Folgende einzuwenden sein:

Aus der Stellung des §. 296 der B. P.=O. im II. Theile derselben scheint für Verneinung der Frage überall nichts zu folgen, wohl aber wird auf Grund der Vorschrift des §. 412 der B. P.=O., nach welcher sich das Berufungsverfahren nach den im II. Theile des Gesetzes ertheilten Vorschriften richten soll, die obige Frage zu bejahen sein, insofern nicht entweder allgemeine Proceßgrundsätze oder specielle Proceßnormen eine Abweichung von dem Hauptgrundsatze rechtfertigen.

Sehen wir auf allgemeine Grundsätze, so sprechen diese sehr bestimmt nicht etwa gegen, sondern für Bejahung der aufgeworfenen Frage. Nach §. 243 der B. P.=O. kann der Beweisführer ein vorgeschlagenes Beweismittel nach eingetretener Gemeinschaft nur mit Zustimmung der Gegenpartei wieder aufgeben; daß diese Gemeinschaftlichkeit bezüglich des Schiedseids mit der Annahme desselben von Seiten des Delaten nach der Vorschrift der Proceßordnung eintritt, ist nicht wohl zu bezweifeln. Es kann demgemäß der Deferent von dem angenommenen Eide ebensowenig zurücktreten, als in der mündlichen Verhandlung vorgeschlagene Zeugen zurückziehen. Der Grund wirkt allgemein sowohl für die erste als für die Berufungsinstanz. — Dem tritt noch hinzu, daß die Vorschrift des §. 296 der B. P.=O. auf die ebenfalls ganz allgemein wirkende Vertragsnatur des Schiedseids zurückgeführt werden kann; diese Vertragsnatur hat der Schiedseid in der gemeinrechtlichen Proceßtheorie nicht verloren und es liegt überall kein Grund für die Annahme vor, daß die bürgerliche Proceßordnung in dieser Beziehung von den Grundsätzen des gemeinrechtlichen Processes habe abweichen wollen.

Eine specielle, die Abweichung von dem Hauptgrundsatze des §. 412 der B. P.=O. rechtfertigende Proceßnorm hat man in dem ersten Satze des §. 418 finden wollen. Dagegen nehmen wir im Allgemeinen auf die Eingangsbemerkungen zur Nr. V. dieses §. Bezug und fügen diesen noch Folgendes hinzu. Mit gleichem Rechte als die Anträge der Oberstaatsanwaltschaft die Zulässigkeit anderer Beweismittel im Falle der Annahme eines principaliter zugeschobenen Eides unter die Worte des §. 418, S. 1 bringen, würde auch für die Berufungsinstanz zu be=

haupten sein die Zulässigkeit von Beweismitteln, auf welche eine Partei in erster Instanz ausdrücklich und im Einverständnisse mit der Gegenpartei verzichtet hat; die Zulässigkeit von Beweismitteln, welche bezüglich gewisser Verfahrensarten gelegentlich der Regelung des Verfahrens erster Instanz für unzulässig erklärt sind; die Nichtanwendbarkeit mehrerer anderer Bestimmungen des Theil II, Titel 1, Abschnitt 2 der B. P.-O., so z. B. der des §. 292, S. 2, nach welcher gegen den Inhalt einer ächten vollbeweisenden Urkunde und überhaupt als Mittel des directen Gegenbeweises die Eideszuschiebung nicht statthaft sein soll, — insbesondere solcher Bestimmungen, welche das Verhältniß mehrerer Beweismittel zu einander bezielen, so z. B. der des §. 303, S. 1, nach welcher der Schätzungseid nicht Platz greift, wenn in Folge anderer Beweismittel der Beweis des Schadens und dessen Betrages als bis zum Ergänzungseide erbracht anzusehen ist.

Hiernach konnte überall keine Veranlassung vorliegen, im §. 418, S. 2 des §. 296 als eines Ausnahmefalls zu gedenken, wie denn auch die im §. 418, S. 2 erfolgte Verweisung auf die Vorschrift des §. 445, 2 für die entgegenstehende Ansicht nichts beweisen dürfte: denn einerseits sagt der §. 445, 2 offenbar nicht, daß ein Gegenbeweis nur gegen einen bereits ausgeschworenen Eid ausgeschlossen sein solle, sondern nur, daß gegen einen Wahrheitseid selbst auf Grund neu entdeckter oder wenngleich früher bekannter, so doch nicht früher herbeizuschaffender schriftlicher Urkunden (§. 444, 5) directer Gegenbeweis nicht zulässig sei;[1]) während andererseits der §. 296 eine Ausnahme von seiner Disposition gerade für den Fall trifft, daß erst nach erfolgter Eidesannahme schriftliche Urkunden neu entdeckt bez. herbeizuschaffen waren. Die letztere Vorschrift deckt die erstere, geht über diese sogar noch hinaus und absorbirt dieselbe im Falle, daß die Urkunden vor erfolgter Eidesleistung neu entdeckt wurden u. s. w.

Die Argumentation unter 3 kann man für richtig halten, allein sie dürfte schwerlich beweisend sein. Die Berufungsinstanz steht ja überall nicht im Gegensatze zur Beweisinstanz, ihren

---

[1]) Vergl. die Nr. 3 dieses §.

Gegensatz bildet vielmehr die erste Instanz. Wie in der ersten Instanz so kann auch in der Berufungsinstanz eine Beweisinstanz Statt haben; der Ausdruck „Berufungs-Beweisinstanz" würde keinen Widerspruch in sich tragen.

Dagegen dürfte die Argumentation unter 5 an sich unhaltbar sein, weil ihr Ausgangspunkt, daß dieselben Grundsätze auch für die eventuelle Eidesdelation gelten müßten, kein richtiger ist. Die Eventualität, unter welcher ein Eid zugeschoben und folgeweise angenommen wird, wirkt allgemein, nicht allein für die erste, sondern auch für die Berufungsinstanz; es steht somit nichts entgegen, die principale Beweisführung in der Berufungsinstanz — sei es nun unter Aufgabe oder Beibehaltung der älteren Beweismittel — zu erweitern; führt dann die principale Beweisführung entweder an sich oder mittelst Zuhülfenahme nothwendiger Eide zum Resultate, so fällt wie die eventuelle Eideszuschiebung so auch die eventuelle Eidesannahme weg.

§. 36.

3. Vom Urtheile.

Die Vorschriften der §§. 343—366 der B. P.-O. über das Urtheil geben für die Berufungsinstanz zu besonderen Erörterungen keine Veranlassung. Der §. 346 und diejenigen Bestimmungen der §§. 361, 362, welche die Berufung bezielen, werden für die Berufungsinstanz nicht zur Anwendung kommen, da das Gesetz eine Oberberufung nicht kennt. Dagegen ist ohne Grund behauptet worden,[1]) daß die Vorschriften des §. 360 über Berichtigung etwaiger Unrichtigkeiten oder Auslassungen in der Darstellung des Thatbestandes im Urtheile (§. 356, 4) für die Berufungsinstanz nicht zur Anwendung kommen könnten; denn nirgends im Gesetze ist gesagt, daß diese Vorschriften nur für die nachfolgende Berufungsinstanz von Bedeutung seien, wie denn auch gar nicht zu bezweifeln ist, daß dieselben selbst in Betreff des in der Berufungsinstanz gesprochenen Endurtheils mit Rücksicht auf die außerordentlichen Rechtsmittel selbst für denselben Rechtsstreit von praktischem Interesse sein kann.

---

[1]) Ayrer Berufung S. 18.

§. 37.

4. Insbesondere vom Ungehorsamsurtheile.

Auch die Vorschriften des vierten Abschnitts des ersten Titels des zweiten Theils der bürgerlichen Proceßordnung, sowohl diejenigen, welche die Erlassung des Ungehorsamsurtheils (§§. 367—372), als diejenigen, welche die Aufhebung desselben mittelst Einspruchs (§§. 373, 374) bezielen, werden für die Berufungsinstanz in Betracht kommen und zur Ergänzung bez. näherer Bestimmung der im §. 428 der B. P.=O. gegebenen Vorschriften dienen, welche übrigens etwas Besonderes nicht, sondern nur dasjenige enthalten, was auch aus allgemeinen Grundsätzen zu entnehmen sein würde.

Im Ungehorsamsfalle des Berufungsklägers d. h. wenn der Anwalt des Berufungsklägers entweder überhaupt bez. mit seinen betreffenden Anträgen ausbleibt, soll die Berufung verworfen werden — natürlich auf im Verhandlungstermine zu stellenden Antrag des Berufungsbeklagten — wie im Ungehorsamsfalle des Klägers die Klage zurückgewiesen wird; es sollen ferner die mittelst Anschließung gestellten Anträge des Berufungsbeklagten — natürlich unter der Voraussetzung, daß sie im Verhandlungstermine gestellt und begründet werden — zuerkannt werden, insofern sie rechtlicher Begründung nicht ermangeln und der Gegenseite mitgetheilt worden waren, [1]) wie im Ungehorsamsfalle des

[1]) Wenn Ayrer Berufung S. 168, 169 im geraden Widerspruche mit den Worten des §. 428, S. 1 „und der Gegenseite mitgetheilt worden" behauptet, daß der Berufungsbeklagte auch noch in dem Verhandlungstermine mit Wirksamkeit der Berufung sich anschließen könne, welchenfalls dann die Verhandlung nur zu vertagen sein werde, indem man in dem beschränkteren Ausdrucke des Gesetzes wohl nur eine sonst ebenfalls schon angetroffene zu enge Fassung des Gesetzes zu befinden haben werde (richtiger: indem jene Worte für überflüssig zu halten) — so finden wir in dieser Behauptung die Fortsetzung willkürlicher Behandlung gesetzlicher Vorschriften, welcher auch die verwandten Bestimmungen des §. 404 der B. P.=O. unterliegen mußten. Auch nicht der Schein eines Grundes dürfte für jene Behauptung sprechen. Die betreffende Vorschrift des §. 428 steht wie die Vorschriften des §. 404 als besondere neben den allgemeinen Vorschriften der §§. 402, 403 der B. P.=O. Sie rechtfertigt sich aus allgemeinen Grundsätzen in aller

Klägers die Anträge einer dem Beklagten mitgetheilten Widerklage zuzuerkennen sind (§. 367, S. 2).

Im Ungehorsamsfalle des Berufungsbeklagten dagegen d. h. wenn der Anwalt desselben überhaupt bez. mit seinen Incidentberufungsanträgen entbleibt, soll der Berufung, insofern sie rechtlicher Begründung nicht ermangelt — vorausgesetzt natürlich, daß die Berufungsanträge mündlich gestellt und begründet werden — Statt gegeben bez. etwa mitgetheilte Anschließungsanträge auf Antrag des Berufungsklägers zurückgewiesen werden, wie im Ungehorsamsfalle des Beklagten der Klage deferirt, eine etwa mitgetheilte Widerklage aber zurückgewiesen wird.

In beiden Ungehorsamsfällen unterliegt das Urtheil dem Einspruche; dieses folgt nicht allein aus der Vorschrift des §. 420 der B. P.=O., sondern daneben aus allgemeinen Grundsätzen, welche denn auch auf eine Ausnahme für den Fall führen, daß das Urtheil, in erster Instanz erlassen, dem Einspruche nicht unterliegen würde. Demgemäß giebt, wenn in der Berufungsinstanz schriftliches Verfahren mit mündlicher Schlußverhandlung Statt hatte, das auf Ausbleiben der einen oder anderen Partei ergehende Ungehorsamsurtheil dem Einspruche keinen Raum (§. 477 der B. P.=O.),[1]) allein keineswegs folgt ferner daraus, daß das beim Entbleiben des Berufungsbeklagten ergehende Urtheil nur sehr ausnahmsweise, nämlich im Falle, daß dasselbe besondere Nachtheile insbesondere den des Zugeständnisses (vergl. auch §. 241, 3 der B. P.=O.) gegen den Berufungsbeklagten ausspricht, dem Einspruche unterliege. — Man hat dieses behauptet, indem man annahm, daß die bürgerliche Proceßordnung mit dem Worte „Ungehorsam" einen engeren Begriff als mit dem Ausdrucke „Versäumung" insofern verbinde, als von Ungehorsam nur in Betreff desjenigen Handelns, zu welchem eine Partei processualisch verpflichtet sei, die Rede sein könne. Unserer Ansicht nach ist die Annahme nicht zu rechtfertigen.[2])

Maße, daneben noch speciell durch die Analogie der Widerklage (§. 367, S. 2 — vergl. auch §. 14 der B. P.=O.).

[1]) Vergl. aber auch §. 476 der B. P.=O. und Leonhardt Justizgesetzgebung 2. Aufl., II. S. 220, Note 1.

[2]) Ebenso wenig gerechtfertigt erscheint aber auch die Behauptung, daß

Wie die Regierungsmotive zu den §§. 155—167 der B. P.=O. zweifellos beide Begriffe gleichbedeutend nehmen, so wird auch nach dem Zusammenhange, in welchem die Vorschriften der §§. 157 ff. mit denen der §§. 155, 156 der B. P.=O. stehen, angenommen werden müssen, daß beide Begriffe zusammenfallen. Daß in den §§. 157 ff., 241 von „Ungehorsams=Verfügungen," „Ungehorsams=Erkenntnissen" und folgeweise von Ungehorsam gesprochen wird, erklärt sich sehr einfach daraus, daß der Ausdruck „Ungehorsamsverfügung", nicht aber der Ausdruck „Versäumungsverfügung" ein hergebrachter und gängiger ist.

Daneben ergiebt sich aber der Beweis der Unrichtigkeit des aufgestellten engeren Begriffs des Ungehorsams mit Evidenz aus den Vorschriften der §§. 241. 1, 428. S. 2, 370. S. 2 der B. P.=O. — Wie weit man auch den Begriff processualischer Obliegenheit oder Verpflichtung nehmen will, so fällt doch das Vorbringen von Gegenbeweisen ebenso wenig darunter als das Vorbringen von Einreden, Repliken u. s. w. Und dennoch wird die richterliche Verfügung, welche den Gegenbeweis ausschließt, als Ungehorsams=Erkenntniß bezeichnet und dagegen Einspruch zugelassen (§. 241, 1 der B. P.=O.). — Das Vorbringen von Incidentberufungsanträgen kann offenbar nicht als processualische Obliegenheit oder Verpflichtung angesehen werden und dennoch ordnet der §. 428 der B. P.=O. für den Fall des Ausbleibens der Berufungsbeklagten, — nicht etwa, daß diese unberücksichtigt bleiben sollen, sondern, daß sie zurückzuweisen seien. — Der §. 370 der B. P.=O. sagt: die Vorschriften der §§. 367, 368 fänden auch Anwendung, wenn eine der Parteien zwar nicht in

---

mit Rücksicht auf die Vorschriften des §. 155 der B. P.=O. anzunehmen sei, die Zulässigkeit des Einspruchs werde durch §. 157 der B. P.=O. auf diejenigen Fälle beschränkt, in welchen nachtheilige Folgen einer Versäumung gegen die Partei in einer Verfügung ausdrücklich ausgesprochen seien. Dieses würde nur dann richtig sein können, wenn im §. 155 gesagt worden wäre: in den Ausnahmsfällen — wohin allerdings die dem Einspruche unterworfene Ungehorsams=Verfügung rechnet — seien die Folgen einer Versäumung gegen die Partei ausdrücklich auszusprechen. Allein offensichtlich ist das nicht gesagt, vielmehr heißt es: in den Ausnahmsfällen habe das Gericht, falls die Sache nicht zur Abgabe eines Beweisinterlocuts oder der Endentscheidung reif sei, durch besondere Verfügung den gesetzlichen Nachtheil auszusprechen.

der zur mündlichen Verhandlung bestimmten, wohl aber in derjenigen Sitzung, auf welche die mündliche Verhandlung bez. deren Fortsetzung vertagt wurde, ungehorsam ausbleibe — und fährt dann wörtlich so fort:

„Insoweit eine Partei jedoch bereits mündlich verhandelt hat, ergreift das Ungehorsamsurtheil lediglich dasjenige fernere Vorbringen, wozu sie **berechtigt** bez. verpflichtet war."

Dieser Satz ist in der That so überaus klar, daß die entgegenstehende Ansicht nur unter der Voraussetzung eines Übersehens desselben erklärlich wird. [1])

Wir dürfen mit der Bemerkung schließen: wenn das Ungehorsamsurtheil gegen den Beklagten nach §. 373 der B. P.=O. dem Einspruche unterworfen ist und sowohl nach allgemeinen Grundsätzen als der speciellen Vorschrift des §. 370 der B. P.=O. das im Entbleibungsfalle des Beklagten ergehende Urtheil nicht bloß unter der Voraussetzung, daß klägerischerseits vorgebrachte Thatsachen als zugestanden angenommen werden, als Ungehorsamsurtheil sich darstellt, — so wird auch das im Entbleibungsfalle des Berufungsbeklagten ergehende Urtheil, als Ungehorsamsurtheil, dem Einspruche unterliegen, gleichviel ob der Berufungskläger Nova vorbrachte oder nicht, gleichviel ferner, ob das Urtheil die besonderen Nachtheile des Zugeständnisses vorgebrachter Thatsachen, des Anerkenntnisses vorgelegter Urkunden u. s. w. aussprach oder nicht.

---

[1]) Sollte es noch weiterer Argumente bedürfen, so würde unter anderen zu bemerken sein:

1) ergriffe das Ungehorsamsurtheil das Parteivorbringen nur insofern dasselbe geltend gemacht werden muß, folgeweise nicht Einreden, Repliken, Dupliken u. s. w., so würden diese letzteren Rechtsbehelfe auch nicht mittelst Einspruchs gegen das Ungehorsamsurtheil geltend gemacht werden können, was doch entschieden der Fall ist;
2) der §. 477 der B. P.=O. sagt: „dagegen findet gegen die Verfügung des Richters, wodurch ausgesprochen wird, daß die säumige Partei rücksichtlich der zu verhandelnden Vernehmlassung, Replik oder Duplik als ungehorsam zu behandeln, Einspruch Statt." Den Gegenstand der Vernehmlassung, Replik und Duplik bilden auch Einreden, Repliken und Dupliken.

Juristischer Verlag von Carl Rümpler in Hannover.

Zu beziehen durch alle Buchhandlungen.

Magazin für hannoversches Recht. Eine Zeitschrift unter Mitwirkung der Herren Ober-Appellationsgerichts-Vicepräsident v. Düring zu Celle, Ober-Justizrath Lichtenberg zu Hannover, Advocat und Privatdocent Dr. Grefe zu Göttingen bei der Redaction, herausg. vom Ob.-App.-Rath von Klencke in Celle. I. bis IV. Bd. Preis des Bandes von 30 Bogen 2 ℔.

— — Desselben Werkes Band V., herausgegeben vom Ober-Appellationsgerichts-Vice-Präsidenten von Düring und Ober-Appellations-Rath Dr. Wachsmuth in Celle. gr. 8. geh. 2 ℔.

— — Extraheft unter dem Titel: **Rechtsfälle aus der hannoverschen Gerichtspraxis.** Erstes Heft. gr. 8. 10 Bogen 16 ggr.

v. Bothmer, Staatsrath, **Fragmente zur bürgerlichen Proceßordnung** für das Königreich Hannover. 1. 2. Heft. geh. à 8 ggr.

— — **die Verhältnisse der durch Ablösung frei gewordenen Bauerhöfe** in Hinsicht auf deren Zusammenhaltung und auf die Erbfolge. gr. 8. geh. 8 ggr.

Brüel, Regierungsrath, **die Gerichtsbarkeit in Ehesachen.** Ein Beitrag zur Würdigung der Vorlagen der Königlichen Regierung und ihrer Beurtheilung durch den Herrn Ober-Appell.-Rath von Werlhof in Celle. gr. 8. geh. 8 ggr.

— — **zur Lehre von den Kirchen- und Schullasten** im Königreich Hannover. Ein Beitrag, ausgearbeitet mit Benutzung von Acten des Königlich Hannov. Ministeriums der geistlichen und Unterrichts-Angelegenheiten. gr. 8. geh. 8 ggr.

Hasenbalg, Ober-Gerichts-Rath, **zur Strafproceßordnung.** Von der Erhebung der öffentlichen Klage und ihrer Consumtion durch richterliches Urtheil. gr. 8. geh. 22 ggr.

Strafgesetze, die, **des Königreichs Hannover** auf Grundlage des Criminalgesetzbuchs vom 6. August 1840, zusammengestellt von F. H. Th. Brandis, O.-G.-Rath in Aurich. gr. 8. geh. 22 ggr.

Zimmermann, Ober-Regierungsrath, **das wahre Rechtsverhältniß der Herzogthümer Schleswig und Holstein** zu einander, zu Deutschland und zu Dänemark. gr. 8. geh. 2 ℔.

— — Wesen, Geschichte, Literatur, characteristische Thätigkeiten und Organisation der **modernen Polizei.** gr. 8. geh. 1 ℔.

Zeitschrift für Verfassung und Verwaltung im Königreich Hannover. Herausgegeben von E. L. von Lenthe, Landsyndicus zu Celle. 1. Bd. 1. Heft. Actenstücke zur hannoverschen Verfassungsfrage. gr. 8. geh. 16 ggr.

— — 2. Heft. Die hannoverschen Credit-Anstalten. gr. 8. geh. 16 ggr.

Juristischer Verlag von Carl Rümpler in Hannover.

Zu beziehen durch alle Buchhandlungen.

Magazin für hannoversches Recht. Eine Zeitschrift unter Mitwirkung der Herren Ober-Appellationsgerichts-Vicepräsident v. Düring zu Celle, Ober-Justizrath Lichtenberg zu Hannover, Advocat und Privatdocent Dr. Grefe zu Göttingen bei der Redaction, herausg. vom Ob.-App.-Rath von Klencke in Celle. I. bis IV. Bd. Preis des Bandes von 30 Bogen 2 ℛ.

— Desselben Werkes Band V., herausgegeben vom Ober-Appellationsgerichts-Vice-Präsidenten von Düring und Ober-Appellations-Rath Dr. Wachsmuth in Celle. gr. 8. geh. 2 ℛ.

— — Extraheft unter dem Titel: **Rechtsfälle aus der hannoverschen Gerichtspraxis.** Erstes Heft. gr. 8. 10 Bogen 16 ggr.

v. Bothmer, Staatsrath, **Fragmente zur bürgerlichen Proceßordnung** für das Königreich Hannover. 1. 2. Heft. geh. à 8 ggr.

— **die Verhältnisse der durch Ablösung frei gewordenen Bauerhöfe** in Hinsicht auf deren Zusammenhaltung und auf die Erbfolge. gr. 8. geh. 8 ggr.

Brüel, Regierungsrath, **die Gerichtsbarkeit in Ehesachen.** Ein Beitrag zur Würdigung der Vorlagen der Königlichen Regierung und ihrer Beurtheilung durch den Herrn Ober-Appell.-Rath von Werlhof in Celle. gr. 8. geh. 8 ggr.

— **zur Lehre von den Kirchen- und Schullasten** im Königreich Hannover. Ein Beitrag, ausgearbeitet mit Benutzung von Acten des Königlich Hannov. Ministeriums der geistlichen und Unterrichts-Angelegenheiten. gr. 8. geh. 8 ggr.

Hasenbalg, Ober-Gerichts-Rath, **zur Strafproceßordnung.** Von der Erhebung der öffentlichen Klage und ihrer Consumtion durch richterliches Urtheil. gr. 8. geh. 22 ggr.

Strafgesetze, die, **des Königreichs Hannover** auf Grundlage des Criminalgesetzbuchs vom 6. August 1840, zusammengestellt von F. H. Th. Brandis, O.-G.-Rath in Aurich. gr. 8. geh. 22 ggr.

Zimmermann, Ober-Regierungsrath, **das wahre Rechtsverhältniß der Herzogthümer Schleswig und Holstein** zu einander, zu Deutschland und zu Dänemark. gr. 8. geh. 2 ℛ.

— Wesen, Geschichte, Literatur, charakteristische Thätigkeiten und Organisation der **modernen Polizei.** gr. 8. geh. 1 ℛ.

Zeitschrift für Verfassung und Verwaltung im Königreich Hannover. Herausgegeben von G. L. von Reitzhe, Landsyndicus zu Celle. 1. Bd. 1. Heft. Actenstücke zur hannoverschen Verfassungsfrage. gr. 8. geh. 16 ggr.

— — 2. Heft. Die hannoverschen Credit-Anstalten. gr. 8. geh. 16 ggr.